Der Beginn und das Ende der Zwangsvollstreckung.

Inaugural-Dissertation

verfaßt und der

Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Kgl. Bayer. Julius-Maximilians-Universität Würzburg

zur

Erlangung der Rechtswissenschaftlichen Doktorwürde

vorgelegt von

Hans Ehard

aus Bamberg.

ACAD. IUDIC. BAT. BIBL.

Bamberg.
W. Gärtner's Buchdruckerei (Wilh. Schneider), Hoflieferant.
1912.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549801_0067

Referent: Professor Dr. A. Mendelssohn Bartholdy.

Inhalt.

Seite

1. Kapitel:
Einleitung . . . . . 1— 4

2. Kapitel:
Allgemeiner Teil . . . . . 5—18

1. Abschnitt:
Voraussetzungen für den Beginn der Zwangsvollstreckung . . . . . 5—15

2. Abschnitt:
Beginn und Ende der Zwangsvollstreckung im Wortlaute der Zivilprozeßordnung . . 15—18

3. Kapitel:
Besonderer Teil . . . . . 19—72

1. Abschnitt:
Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen . 19—51
A) ins bewegliche Vermögen . . . 19—45
I. Zwangsvollstreckung in körperliche Sachen 19—32
II. Zwangsvollstreckung in Forderungen und andere Vermögensrechte . . . 32—44
III. Verteilungsverfahren . . . 45
B) ins unbewegliche Vermögen . . 46—51
I. Eintragung einer Zwangshypothek . 46—49
II. Zwangsversteigerung . . . 49—51
III. Zwangsverwaltung . . . 51

Seite

2. Abschnitt:

Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der Herausgabe von Sachen und zur Erwirkung von Handlungen und Unterlassungen . . . 52—63

I. Herausgabe von Sachen . . 52—54

II. Erwirkung von Handlungen . . 54—60

III. Unterlassung und Duldung . . 60—62

IV. Willenserklärungen . . . 62—63

V. Eigentumsübertragung und Bestellung eines dinglichen Rechtes . . . 63

3. Abschnitt:

Offenbarungseid . . . . . 64—66

4. Abschnitt:

Arrest und einstweilige Verfügung . . 66—68

5. Abschnitt:

Vorpfändung (§ 845 ZPO.) . . . 69—72

4. Kapitel:

Schluß . . . . . 73—86

Literatur-Nachweis.

Kommentare.

L. Gaupp und Fr. Stein: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 8. u. 9. Aufl. 2 Bände Tübingen 1906, 1908. Dazu

Fr. Stein: Die Novelle zur ZPO. vom 1. Juni 1909. Im Anschluß an die 8. u. 9. Aufl. des Komm. erläutert. Tübingen 1910.

Seuffert Dr. Lothar von: Kommentar zur ZPO. 2 Bände. 11. Aufl. München 1910, 1911.

J. Petersen: Die ZPO. für das Deutsche Reich. 5. Aufl. Bearbeitet von G. Remelé und E. Anger. Lahr 1904—1906.

J. Struckmann und R. Koch: Die ZPO. für das Deutsche Reich. 8. Aufl. Unter Mitwirkung von K. Rasch, P. Koll und G. Struckmann. Berlin 1901.

G. v. Wilmowsky und M. Levy. ZPO. und GVG. 7. Auflage. Berlin 1895.

A. Steiner: Gesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung vom 24. III. 97. 2. Aufl. München 1909.

Th. v. d. Pfordten: Kommentar zu dem Gesetze über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung v. 24. III. 97. München 1905.

Dr. Ernst Jaeger: Konkursordnung. 3. u. 4. Aufl. Berlin 1911.

Staudinger: Kommentar zum Bürgerl. Gesetzbuch. 5./6. u. 7./8. Aufl.

Handausgaben.

Hugo Freudenthal: ZPO. 3. Aufl. München 1910.

J. Neumiller: ZPO. 3./4. Aufl. München 1911.

R. Sydow und L. Busch: ZPO. 13. Aufl. Berlin 1910.

Otto Warneyer: ZPO. 3. Aufl. Leipzig 1910.

---

v. Henle: Gesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung vom 24. III. 97. 3. Aufl München 1907.

---

v. Henle und Hermann Schmitt: Das Grundbuchwesen in Bayern. München 1910.

Lehrbücher, Abhandlungen und dergl.

H. Sitting: Der Reichszivilprozeß. 12./13. Aufl. Berlin 1907 mit Nachtrag von 1909.

G. Kleinfeller: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechtes. 2. Aufl. Berlin 1910.

J. W. Planck: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechtes. 2 Bände. 1. Teil. Nördlingen 1887. 2. Teil. München 1896.

Richard Schmidt: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechtes. Leipzig 1898. 2. Aufl. Leipzig 1910.

Jakob Weismann: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechtes. 2 Bände. Stuttgart 1904, 1905.

Fr. Bunsen: Die Lehre von der Zwangsvollstreckung. Wismar 1885.

Dr. Max Eckstein: Die Zwangsvollstreckung der deutschen ZPO. Berlin 1879.

R. Falkmann: Die Zwangsvollstreckung mit Ausschluß der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen. Berlin 1888. — 2. Aufl. Teil I. Berlin 1899/1908. Lieferg. 1.—4.

Dr. J. G. Gmelin: Die Vollstreckbarkeit nach Reichszivilprozeßrecht. Tübingen 1898.

Otto Geib: Rechtsschutzbegehren und Anspruchsbetätigung im deutschen Zivilprozeß. München 1909.

Dr. James Goldschmidt: Ungerechtfertigter Vollstreckungsbetrieb. Ein Beitrag zur Lehre von den Vollstreckungsgrundlagen. München 1910.

Dr. Wilhelm A. Müller: Die Wirksamkeit des Pfändungspfandrechtes. Berlin 1907.

Dr. Wolfg. Hein: Duldung der Zwangsvollstreckung. Breslau 1911.

Dr. Hein: Handbuch der Zwangsvollstreckung. Unter Mitwirkung von Keupp und Dr. Krahn. Hannover 1911. — Hier immer kurz „Hein" zitiert.

Ferdinand Kretzschmar: Das Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung. Systematisch dargestellt. Leipzig 1904.

A. Wach: Vorträge über die Reichszivilprozeßordnung. Bonn 1896.

Dr. Emil Strohal: Das deutsche Erbrecht auf Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuches. 2 Bände. 3. Aufl. Berlin 1903.

Cosack: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes.

Außerdem die

Entwürfe zur Zivilprozeßordnung mit ihren verschiedenen Novellen, insbesondere der von 1898, ferner zum Zwangsversteigerungsgesetz, dazu die

Begründungen und die

Protokolle der Beratungen,

nach:

C. Hahn und B. Mugdan: Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen. Herausgegeben auf Veranlassung des Kaiserlichen Reichsjustizamtes. Berlin.

Die Geschäftsanweisungen für die Gerichtsschreiber und die Gerichtsvollzieher in Preußen und insbesondere in Bayern.

Oberstrichterliche Entscheidungen in den bekannten Sammlungen.

Die bekannten **Zeitschriften.** (Vgl. die einschlägigen Zitate!)

Erstes Kapitel.

Einleitung.

Zweck einer jeden vernünftigen Rechtsverfolgung wird es sein, einen Erfolg, eine praktische Wirkung zu erzielen. Ist dieser Zweck nur auf die ideelle Wirkung eines Urteils ohne Rücksicht auf einen weiteren praktischen Erfolg gerichtet, besteht — wie bei den Feststellungsklagen — das „Interesse" an der Feststellung als solcher — z. B. wenn ein Urteil feststellt, daß eine Ehe oder ein ganz bestimmtes Verhältnis rein familienrechtlicher Art zwischen zwei Personen besteht oder nicht besteht — so ist dieser praktische von den Parteien gewollte Erfolg mit dem Urteil oder genauer mit der Rechtskraft des Urteiles vollständig gegeben; es braucht weiter nichts mehr. Solche Fälle treten aber an Bedeutung praktisch zurück. In den allermeisten Fällen ist der gewünschte Erfolg, das von dem Rechtbegehrenden angestrebte Ziel mit dem Abschluß eines Rechtsstreites, mit dem Urteile oder sagen wir gleich mit der Verurteilung des anderen Teiles zu einer Leistung, nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch also zu einem Tun oder Unterlassen irgend welcher Art, noch lange nicht erreicht. Was nützt es dem Rechtsucher, sein gutes Recht anerkannt und den Schuldigen zur Leistung verurteilt zu wissen, wenn er das, was ihm gebührt, in Wirklichkeit doch nicht erhält! Auf der einen Seite kann jedermann vom Staate verlangen, daß seine Rechte unangreifbar festgestellt

werden und daß ihm zugesprochen wird, was ihm gehört. Auf der anderen Seite verbietet der Staat seinen Untertanen — ein paar vereinzelte, genau normierte Fälle ausgenommen — jeden eigenmächtigen Eingriff in einen fremden Rechtsbereich, selbst zu dem Zwecke um sich das ihnen Gebührende, sogar durch Urteil Zuerkannte ohne langes Fragen zu nehmen, wenn es der Schuldner nicht freiwillig gibt. Will der Staat seine Entscheidungstätigkeit unter diesen Umständen nicht selbst wieder illusorisch machen, so muß er logischer- und billigerweise durch eigene Tätigkeit seinen Untertanen zur Verwirklichung ihres anerkannten Rechtes verhelfen. Das wird aber sehr oft nicht gelingen ohne Anwendung von Zwangsmitteln. Damit ergibt sich folgende Tatsache: Der Staat greift wegen eines privaten Rechtes im Interesse einer Privatperson auf deren Antrag hin gewaltsam in die Rechtssphäre einer anderen Privatperson ein. Solches Vorgehen läßt sich nur dann rechtfertigen, wenn eine tunlich sichere Gewähr dafür geboten ist, daß kein materielles Unrecht dadurch geschieht[1]).

Wir heißen ein derartiges Verfahren schlechthin „Zwangsvollstreckung", verstehen darunter also: Die Anwendung geeigneter Zwangsmittel von Staatswegen regelmäßig zur Verwirklichung eines Anspruches, dem der Verpflichtete nicht freiwillig Genüge leistet. Damit ist aber noch keine scharfe Abgrenzung des Begriffes „Zwangsvollstreckung" gegeben, insbesondere die Frage noch offen, ob das Gesetz, die Zivilprozeßordnung, mit dem Worte „Zwangsvollstreckung" nicht einen ganz besonderen, sei es engeren, sei es weiteren Sinn verbindet.

Eine Definition der Zwangsvollstreckung gibt die Zivilprozeßordnung nicht. Wenn das achte Buch „Zwangsvollstreckung" betitelt ist, so ist damit nicht gesagt, daß die Gesamtheit alles dessen, was im achten Buche behandelt wird, als „Zwangsvollstreckung" aufgefaßt werden soll. Schon ein oberflächlicher Blick beweist uns das Gegenteil: wir lesen z. B. in

[1]) Vgl. insbes. Falkmann, Zw. 1908, I. Teil, Seite 7.

§ 724: „die Zwangsvollstreckung erfolgt auf grund einer mit der Vollstreckungsklausel versehenen Ausfertigung des Urteils . . .“ und in § 750 f.: „die Zwangsvollstreckung darf nur beginnen“, wenn bestimmte Bedingungen erfüllt sind; im Anschlusse daran werden diese Bedingungen sowie die vollstreckbare Ausfertigung behandelt und doch kann weder das eine noch das andere dem Wortlaut zufolge bereits Zwangsvollstreckung sein.

Verbindet das Gesetz mit dem Worte „Zwangsvollstreckung“ ein für allemal einen fest geschlossenen Begriff, der sich aus seinen Bestimmungen herausschälen läßt, so wird man bei den verschiedenen Arten der Zwangsvollstreckung Beginn und Ende verhältnismäßig leicht finden können, die einzelnen Fälle werden sich dann gewissermaßen von selbst zu einem einheitlichen Ganzen zusammenfügen, kurz es werden sich bestimmte allgemeine Grundsätze über Beginn und Ende der Zwangsvollstreckung aufstellen lassen — und das erwartet man doch naturgemäß von vornherein. Sollte das Gesetz aber den Begriff „Zwangsvollstreckung“ an verschiedenen Stellen verschieden fassen, bald enger, bald weiter, sollte es an verschiedenen Stellen mit „Beginn“ und „Ende“ einen grundsätzlich verschiedenen Sinn verbinden, so müßte man einfach im einzelnen Falle Beginn und Ende suchen; es bliebe dann nichts anderes übrig als die einzelnen Fälle lose aneinanderzureihen und hernach den Versuch zu machen, sie nach einheitlichen Gesichtspunkten zu ordnen.

Zur Bearbeitung des Themas:

Der „Beginn“ und das „Ende“ der Zwangsvollstreckung

wird es gut sein möglichst nach der Einteilung des Gesetzes vorzugehen. Im folgenden wird demnach zunächst untersucht werden, ob der „Beginn“ der Zwangsvollstreckung schon in dem Verfahren des ersten Abschnittes des achten Buches, in den allgemeinen Bestimmungen liegt oder nicht: es werden also zunächst die sogen. Voraussetzungen für den Beginn der Zwangsvollstreckung näher betrachtet. Daran anschließend wird erörtert,

ob und wo in der Zivilprozeßordnung von Beginn und Ende der Zwangsvollstreckung mit deutlichen Worten gesprochen wird und welchen Sinn die Zivilprozeßordnung mit ihren Worten an den einzelnen Stellen verbindet. Hernach werden die einzelnen Arten der Zwangsvollstreckung hinsichtlich ihres „Beginnes“ und „Endes“ behandelt. Schließlich wird noch erörtert werden müssen, ob das, was im fünften Abschnitt des achten Buches der Zivilprozeßordnung unter „Arrest und einstweilige Verfügung“ aufgeführt ist, überhaupt Zwangsvollstreckung ist und wo diese allenfalls hier beginnt und endet. Auch die sogen. Vorpfändung des § 845 wird einer besonderen Betrachtung bedürfen.

Zweites Kapitel.

Allgemeiner Teil.

Erster Abschnitt.

Voraussetzungen für den Beginn der Zwangsvollstreckung.

Nach § 704 ZPO. findet die Zw. — Zw., abgekürzt im Folgenden für Zwangsvollstreckung — aus Endurteilen statt, welche rechtskräftig oder für vorläufig vollstreckbar erklärt sind. In § 794 sind diesen Urteilen eine Reihe anderer Titel gleichgestellt. Nach § 724 ZPO. (795) erfolgt die Zw. auf grund einer vollstreckbaren Ausfertigung und §§ 750—752 und § 798 ZPO. fordern ganz bestimmte Voraussetzungen, ohne welche die Zw. nicht beginnen darf.

Daraus ergibt sich folgendes:

1. Die Zw. beginnt noch nicht mit der Erlassung des Urteils oder dem Zustandekommen der in § 794 ZPO. bezeichneten Titel. Ein solcher „Schuldtitel", wie das Gesetz sie aufzählt, ist eine schlechthin unerläßliche Voraussetzung einer jeden Zw., ohne ihn ist eine Zw. überhaupt unmöglich[1]), aber mit dem Entstehen eines derartigen Titels ist noch kein Beginn einer Zw. gegeben. Man kann vielleicht die

[1]) Vgl. bes. Falkmann, Zw. 1908, I. Teil, Seite 10 und die dort zitierten Entscheidungen.

Zw. den „Kern des Rechtsschutzbegehrens" nennen[1]), das Erkenntnisverfahren aber als ein Vorstadium zu bezeichnen, welches nur den Zweck hat die Zw. vorzubereiten, ist unhaltbar. Auf diesem Wege könnte man schließlich zur Anschauung kommen, daß der Beginn der Zw. soweit zurückliegt wie der Beginn des Prozesses. Allein solche Auffassungen entbehren einer realen Grundlage und dem Gesetzestexte entsprechen sie vollends nicht[2]).

2. Eine fertig vorliegende vollstreckbare Ausfertigung ist die Grundlage, gewissermaßen der Grundpfeiler, auf den sich die Zw. aufbaut. Das Gesetz hat der größeren Beweglichkeit und leichteren Durchführbarkeit halber das Zwangsvollstreckungsverfahren auf besondere Organe übertragen, die wohl in der Regel ohne langwieriges Hin und Her völlig außerstande wären, die im Erkenntnisverfahren gewonnenen materiellen und prozessualen Voraussetzungen zu prüfen; es hat daher die Zw. vom Erkenntnisverfahren losgelöst und schlechthin für alle Fälle auf jene formelle Grundlage gestützt. Die Prüfung des Vollstreckungsorganes hat demnach erst bei der vollstreckbaren Ausfertigung einzusetzen; was vorher liegt, ist für diese Prüfung belanglos.

Wenn aber die Zw. auf grund einer mit der Vollstreckungsklausel versehenen Ausfertigung gewisser Schuldtitel erfolgt, so können weder die Titel-Ausfertigung noch die Erteilung der Vollstreckungsklausel (§§ 724, 733 ZPO.) Zw. sein; es muß vielmehr dasjenige, was Zw. genannt wird, erst mit einem späteren Stadium beginnen, das sich mittelbar oder unmittelbar an jene notwendige Voraussetzung anreiht oder anreihen kann.

Diese Behauptung wird nicht modifiziert durch die Bestimmung des § 894 ZPO. Nach § 894 ZPO. „gilt" die

[1]) Seuffert, Vorbem. 1 vor § 704.

[2]) Vgl. auch Geib, Rechtsschutzbegehren und Anspruchsbetätigung im deutschen Zivilprozeß. 1909; S. 221, § 29.

Erklärung eines Schuldners, der zur Abgabe einer Willenserklärung verurteilt ist, als abgegeben, sobald das Urteil die Rechtskraft erlangt hat, bezw. sobald eine vollstreckbare Ausfertigung erteilt ist. Hieraus läßt sich keineswegs folgern, daß die Zw. hier etwa mit dem Eintritte der Rechtskraft oder mit der Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung beginnt. Im Gegenteil geht ja unzweideutig aus dem Wortlaute hervor, daß von einer Zw. hier überhaupt nicht die Rede sein kann. § 894 schafft eine Fiktion, derzufolge mit einem gewissen Zeitpunkt eine gewollte Wirkung eintritt. Hierdurch wird jede Zw. überflüssig. Hätte das Gesetz aber beabsichtigt hier eine besondere Art der Zw. zu schaffen, so hätte es mit Leichtigkeit statt des deutlichen „gilt . . . als abgegeben" durch andere Worte seine Absicht kundgeben können und dies wohl auch tun müssen: etwa in der Fassung: „Ist . . . so wird die Zw. bewirkt durch Erteilung eines Rechtskraftzeugnisses bezw. einer vollstreckbaren Ausfertigung." Der Zweck der Vorschrift in § 894 ist offensichtlich: Verschonung der Parteien mit unnötigem und belästigendem Vollstreckungszwang (§ 888!) und mit dessen Kosten; besonderer Zweck des Abs. 1 Satz 2: Sicherung des Schuldners gegen die Gefahr vorzeitigen und dadurch ungerechtfertigten Urteilsvollzuges. Das letztere wird aber am schnellsten und einfachsten dadurch erreicht, daß man eine vorliegende Einrichtung benützt, welche die nötige Sorgfalt und Prüfung garantiert. Es ist unhaltbar aus § 894 eine besondere Art der Zw. herauszukonstruieren, zu dem Zwecke etwa einen, zwar nicht ausdrücklichen, aber stillschweigenden Vollstreckungsantrag künstlich hineinzuinterpretieren und die Zw. mit der Rechtskraft bezw. der Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung beginnen zu lassen.

Aus dem bisher Gesagten ergibt sich als selbstverständlich des weiteren:

3. Die Erteilung eines Rechtskraft- oder Notfristzeugnisses bedeutet ebenfalls keinen Zw.-Beginn. Die Rechts-

kraft eines Urteiles ist nicht bloß für das achte Buch der Zivilprozeßordnung von Bedeutung und die Bestätigung der Rechtskraft durch ein entsprechendes Zeugnis ist an zahlreichen anderen Stellen, wo an eine Zw. nicht im entferntesten gedacht werden kann, von mindestens ebenso großer Bedeutung wie hier. Es sei nur an die zahlreichen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches erinnert — z. B. §§ 218, 219, 283 Abs. I, 407 Abs. II, 864 Abs. II, 1052 Abs. I, 1418 Abs. II, 1425 Abs. II, 1470, 2128 Abs. II, 2342 Abs. II und viele andere –, wo der Nachweis der Rechtskraft von ausschlaggebender Bedeutung ist. Zur Zw. selbst ist ein solches Zeugnis überhaupt nicht notwendig und nützt an sich gar nichts; man bedarf eben der vollstreckbaren Ausfertigung zur Durchführung einer Zw. So ist die Regel.

4. Was die Vollstreckbarkeitserklärung betrifft, so mag man über die Bedeutung des Wortes und über die jeweilige Zulässigkeit „vorläufiger Vollstreckbarkeit" streiten: so viel ist gewiß: Rechtskraft oder vorläufige Vollstreckbarkeit müssen vorliegen, damit von einem Endurteil eine vollstreckbare Ausfertigung erteilt werden kann. Für die Zw. selbst aber kann weder das eine noch das andere irgend einen Nutzen haben, wenn keine vollstreckbare Ausfertigung vorliegt. — Vollstreckungsbefehle, Arrestbefehle und einstweilige Verfügungen (§ 796 Abs. I, § 929 Abs. I, § 936 ZPO.), wobei es sich um ein ganz abseits stehendes Verfahren handelt, scheiden hier zunächst völlig aus und bedürfen einer besonderen Betrachtung. — Unter solchen Umständen kann natürlich keine Rede davon sein, daß mit der Vollstreckbarkeitserklärung der Beginn einer Zw. gegeben sei.

5. Auch die nach § 750 geforderten Zustellungen, der Ablauf des Kalendertages und die Sicherheitsleistung nach § 751, der Zeitablauf nach § 798 oder die Anzeige nach § 752 bedeuten noch keinen Beginn der Zw., sondern all das sind Vorbedingungen, ohne welche eine

Zw. nicht beginnen kann, bedeuten selbst aber noch keine solche. In § 750 Abs. I und insbesondere in § 750 Abs. II lehrt uns das Wort „gleichzeitig", daß Zustellung und Beginn der Zw. zeitlich wohl zusammenfallen können; sachlich aber sind sie etwas ganz verschiedenes. Es kann eine Zw. nicht beginnen, wenn nicht mindestens „gleichzeitig" die nötige Zustellung erfolgt, es kann aber wohl eine Zustellung stattfinden ohne notwendig eine Zw. überhaupt im Gefolge zu haben. —

Es ist schließlich noch zu betrachten, welche Rolle der Auftrag bezw. Antrag des Gläubigers an den Gerichtsvollzieher bezw. an das Gericht spielt und was es mit dem Angebot des Gerichtsvollziehers an den Schuldner bei Urteilen auf Zug um Zug Leistung für eine Bewandtnis hat.

6. Da die Zw. durch Gerichtsvollzieher bezw. Gerichte erfolgt, der Gerichtsvollzieher oder die Gerichte aber die Zw. im Auftrage bezw. auf Antrag des Gläubigers zu bewirken haben (§ 753), kann das, was vor diesem Auftrage zur Bewirkung der Zw. liegt, noch keine Zw. sein; denn auf diesen Auftrag hin kommt die Zw. ja erst in Fluß. Die Erteilung des Auftrages selbst an den Gerichtsvollzieher und die Stellung des Antrages an das Gericht auf Vornahme bezw. Anordnung einer Vollstreckungsmaßregel ist ebenfalls nicht Beginn der Zw.

Der Staat hat das System der Selbsthilfe verdrängt und sozusagen ein staatliches Zwangsvollstreckungsmonopol geschaffen[1]). Dem Gläubiger ist ein Recht gegeben zur Befriedigung seiner Forderungen staatliche Zwangshilfe gegenüber dem Schuldner zu beanspruchen. „Da aber jede Berechtigung nur ein Dürfen, kein Müssen ist, so setzt ein Einschreiten der Staatsgewalt zum Zwecke der zwangsweisen Durchführung des Urteiles — oder dessen, was einem solchen gleichsteht — einen Antrag des Berechtigten voraus[2])." Mit der Beauftragung

[1]) Vgl. Otto Geib, 1909, § 4, S. 35.

[2]) Falkmann, 1908, S. 162.

des Gerichtsvollziehers bezw. dem Antrag an das Gericht, d. i. also an die staatlichen Organe der Zw., macht der Gläubiger den ihm zustehenden öffentlich-rechtlichen Anspruch auf staatliche Zwangshilfe geltend; es ist aber noch nicht gesagt, ob der Staat daraufhin auch wirklich die begehrte Zwangshilfe überhaupt oder sofort leisten wird bezw. nach seinen eigenen gesetzlichen Bestimmungen leisten kann. Die Durchführung der Zw. hat der Staat selbst übernommen, sie ist dem Gläubiger entzogen. Das schließt nicht aus, daß diesem die Möglichkeit gegeben ist, innerhalb gesetzlicher Grenzen durch Anträge, Verzichte u. s. w. auf den Gang des Verfahrens einzuwirken. Somit ist der Auftrag bezw. Antrag des Gläubigers zwar die Voraussetzung dafür, daß der Staat durch seine Vollstreckungsorgane überhaupt tätig wird, daß also diese Organe zunächst zu prüfen haben, ob sie das, was „Zw." heißt, auch wirklich im einzelnen Falle vornehmen dürfen, aber weder Auftrag bezw. Antrag noch diese Prüfungstätigkeit sind selbst Zw. im Sinne der Zivilprozeßordnung oder Beginn einer solchen. Das ergibt ja auch der Wortlaut des § 756 mit voller Entschiedenheit[1]).

7. Nach § 756 „darf der Gerichtsvollzieher die Zw. nicht beginnen, bevor er dem Schuldner" — in bestimmten Fällen „. . . angeboten hat." Demnach kann auch dieses „Angebot" kein Beginn der Zw. sein; denn es muß ja geschehen „vor" dem Beginne. Andererseits kann die Zw. sehr wohl auch ohne dieses vorherige Angebot beginnen; allerdings „darf" dies nur geschehen, „wenn der Beweis, daß der Schuldner befriedigt oder im Verzuge der Annahme ist, . . . geführt wird und eine Abschrift . . . bereits zugestellt ist oder gleichzeitig zugestellt wird."

[1]) Vgl. auch Otto Geib, 1909, § 28 unter Nr. 1, S. 215/6: „Der Beginn des staatlichen Vollstreckungsaktes ist aber nicht in den für den Beginn der Exekution erforderlichen Zustellungen (§ 750, 751, 798) oder im Exekutionsantrag des Vollstreckungsgläubigers zu suchen, sondern in der auf solchen Antrag hin vorgenommenen ersten staatlichen Vollstreckungshandlung."

Der beauftragte Gerichtsvollzieher muß naturgemäß erst prüfen, ob dieser Beweis vorliegt oder nicht.

Es ergibt sich sonach mit voller Deutlichkeit: Weder der Auftrag an den Gerichtsvollzieher noch die Prüfungstätigkeit desselben sowohl bezüglich des Vorliegens der bereits oben erörterten Voraussetzungen der Zw. (Vollstreckungsklausel, § 750/52) als auch bezüglich der Erfordernisse des § 756, somit die gesamte Prüfungstätigkeit des Gerichtsvollziehers ist Beginn der Zw. Ebensowenig bildet das den Beginn der Zw., was der Gerichtsvollzieher im Auftrage des Gläubigers vornimmt um jene noch fehlenden Erfordernisse, wie Zustellung der in § 756 erforderlichen Abschriften, zu ergänzen und so den Weg für den Beginn der Zw. zu ebnen.

Wo der Beginn der Zw. im allgemeinen gesucht werden muß, ist nach alledem unzweideutig festgestellt; die Zw. beginnt jedenfalls erst mit der eigentlichen Vollstreckungstätigkeit, mit derjenigen Tätigkeit, die bereits einen „Zwang" gegen den Schuldner enthält; es wird sich dann im einzelnen fragen, was schon Vollstreckungstätigkeit in diesem Sinne ist und was noch nicht als solche zu betrachten ist.

Eine andere Frage bleibt noch zu erörtern und soll des Zusammenhanges halber gleich hier angeschlossen werden, nämlich folgende:

Kann eine Vollstreckungstätigkeit, welche vorzeitig, trotz des Mangels der Voraussetzungen, entgegen den Vorschriften des Gesetzes über den Beginn der Zw. vorgenommen wird, den Beginn der Zw bedeuten oder nicht?

a) Ohne Schuldtitel hängt der Begriff „Zw." ja überhaupt in der Luft. Weiterhin ist

b) „die Vollstreckungsklausel unerläßliche Voraussetzung des Verfahrens, nicht nur des vom Gerichtsvollzieher, sondern auch des vom Gerichte betriebenen. Bevor sie nicht dem Vollstreckungsorgane nachgewiesen ist, darf keine Vollstreckungshand-

lung vorgenommen werden. . . . . Sie kann auch nicht etwa durch das Rechtskraftzeugnis ersetzt oder entbehrlich gemacht werden. Der Klausel bedürfen alle Titel, mit alleiniger Ausnahme der Vollstreckungsbefehle, der Arrestbefehle und der einstweiligen Verfügungen, selbst diese jedoch dann, wenn für oder gegen einen Rechtsnachfolger vollstreckt werden soll[1])."

Eine ohne Vollstreckungsklausel vorgenommene Zw. ist schlechthin wirkungslos. Da aber „die Vollstreckungsklausel die unumgängliche Grundlage jeder Vollstreckung bildet, ist ein Mangel ihres gesetzlich vorgeschriebenen Inhaltes unheilbar und das gesamte der gesetzlichen Grundlage entbehrende Verfahren nichtig. Inbetracht kommt jedoch hier nur die prozeßordnungsgemäß vorgeschriebene formelle Fassung der Klausel. . . . Nur solche Mängel, die der Klausel selbst in ihrem äußeren Bestande, so wie sie den Vollstreckungsorganen gegenüber in Erscheinung tritt, anhaften, führen zur Nichtigkeit des auf ihr beruhenden Verfahrens. Diejenigen Fehler dagegen, welche lediglich bei der Entstehung einer äußerlich korrekten Klausel mitgewirkt haben, berühren das Vollstreckungsverfahren als solches nicht unmittelbar, sondern betreffen nur seine Vorgeschichte. Sie haben deshalb auch nicht von selbst Nichtigkeit zur Folge, es ist vielmehr Sache des Schuldners, in solchen Fällen Einwendungen gegen die Zulässigkeit der Erteilung der Vollstreckungsklausel im Wege des § 732 oder des § 768 geltend zu machen und solange dies nicht geschehen ist, besteht die Zw. zu Recht[2])."

Wo das letztere der Fall ist, ist eine Zw. also tatsächlich zustandegekommen und vorhanden; ob ihre Wirkung später wieder wegfällt oder nicht, ist zunächst ganz gleichgültig — man kann und muß jedenfalls zunächst von einem Beginn der Zw. reden. Ist aber eine Zw. schlechthin nichtig, so ist es geradeso, als ob gar keine Vollstreckung vorgelegen habe; das

[1]) Vgl. W. A. Müller: Wirksamkeit des Pfändungspfandrechtes. Berlin 1907; § 22, a und die dortig. Zit. S. 131.

[2]) Vgl. W. A. Müller a. a. O. S. 134 und Zit.

was geschehen ist, hat wohl äußerlich die Form der Vollstreckung, ist vielleicht an und für sich geeignet, Zw. zu sein, wird aber vom Gesetze als nicht vorhanden, nicht geschehen behandelt. Die Tatsache, daß solche Handlungen geschehen sind, ist zwar nicht aus der Welt zu schaffen, aber vom rechtlichen Standpunkte aus betrachtet haben sie nicht die Bedeutung, welche sie ihrer Natur nach an und für sich haben könnten, sie sind nicht Zw. im technischen Sinne. Es kann sonach auch keine Zw. begonnen haben; das, was an sich geeignet wäre eine Zw. zu beginnen, kann hier nicht als Beginn einer solchen angesehen werden.

Wo also eine Zw. von vornherein absolut, aus sich heraus nichtig ist, was dann jeder Dritte geltend zu machen berechtigt ist, kann keine Zw. begonnen haben.

c) Man ist sich aber auch ziemlich einig, „daß eine unter Nichtbeachtung der §§ 750—752 (und was unmittelbar dazu gehört) erfolgte Zw. ungesetzlich ist und keine rechtsbegründende Wirkung zu erzeugen vermag. Diese Folgerung wird allerdings fast durchgängig nur aus dem Wortlaute „darf nicht" hergeleitet, in dem man den Ausfluß eines absoluten Verbotsgesetzes erblicken will. Jedenfalls herrscht, mag auch die Begründung verschieden sein, im Ergebnis hinsichtlich des allgemeinen Grundsatzes der Nichtigkeit Übereinstimmung[1])."

Es hat also das oben bei der Vollstreckungsklausel unter b über die Nichtigkeit der Zw. Gesagte auch hier uneingeschränkte Geltung.

Es kann im Rahmen dieser Ausführungen nicht Aufgabe sein zu untersuchen, wann und aus welchen Gründen eine

[1]) Vgl. W. A. Müller a. a. O. § 23, α, S. 137. RG. Bd. 6, S. 388; Bd. 8, S. 429; Bd. 11, S. 402; Bd. 25, S. 368; RG. in JW. Bd. 88, S. 218; Bd. 90 S. 47; ständige Rechtsprechung.

Dieser einheitlichen Rechtsprechung und dieser weitgehenden Übereinstimmung der Anschauungen gegenüber wird man selbst wohlbegründete Bedenken, die dagegen sprechen, zurücktreten lassen können.

Zw. nichtig und wann bloß anfechtbar ist; das würde zu weit vom Thema abführen. Es genügt als Resultat der obigen Betrachtungen noch einmal hervorzuheben:

Ist eine Zw. schlechthin, aus sich heraus nichtig, d. i. „wirkungslos", „absolut unwirksam", „rechtlich ganz belanglos[1])", so liegt eine Zw. im Sinne des Gesetzes gar nicht vor, obwohl äußere Handlungen den Schein einer Zw. an sich tragen. Es kann demgemäß auch keine Rede sein von dem wirklichen Beginn einer Zw., wenn auch rein äußerlich betrachtet ein solcher vorzuliegen scheint. Es könnte da von dem Beginn einer Schein-Zw. oder von dem scheinbaren Beginn einer Zw. gesprochen werden.

In den Fällen dagegen, wo eine solche absolute Nichtigkeit nicht gegeben ist, wo also eine Zw. tatsächlich zustande gekommen ist, liegt auch ein wirklicher Beginn einer Zw. vor, ohne Rücksicht darauf, ob später infolge irgend einer Art von Anfechtung die Wirkungen der Zw. wieder illusorisch werden oder nicht; denn wenn auch die Aufhebung stattfindet, so kann damit nicht die Tatsache aus der Welt geschafft werden, daß die Zw. wirklich rechtlich bestanden hat, gleichgültig ob mit oder ohne Grund, es muß also auch ein wirklicher Beginn vorgelegen haben.

Eine andere Frage ist wieder die, ob eine Aufhebung dieser Zw. als ein Ende der Zw. anzusehen ist oder ob alles einfach nachträglich so behandelt wird, als sei eine Zw. überhaupt nicht dagewesen. Das letztere ist wohl ohne Zweifel das Richtige; von einem Ende der Zw. im eigentlichen Sinne kann hier nicht gesprochen werden.

Kurz zusammengefaßt steht also fest:

1) ein entsprechender Schuldtitel,
2) die vollstreckbare Ausfertigung eines solchen,

[1]) Vgl. W. A. Müller a. a. O. S. 126.

3) die in §§ 750—752 geforderten Formalien, dazu natürlich
4) der Antrag des Gläubigers

sind notwendige Voraussetzungen für den Beginn der Zw., sind selbst aber noch nicht Zw., auch nicht Beginn einer solchen.

Zweiter Abschnitt.

Beginn und Ende der Zwangsvollstreckung im Wortlaute der Zivilprozeßordnung.

I. Beginn.

Der natürliche gewissermaßen selbstverständliche Ausgangspunkt für die Frage nach dem Beginn der Zw. waren bei den bisherigen Erörterungen die §§ 750—752 ZPO., wo zum ersten Male und in unzweideutiger Weise vom „Beginne" der Zw. die Rede ist. Die nächste Aufgabe wird es sein zu prüfen, ob das Gesetz an anderen Stellen mit demselben Worte „beginnen" hinsichtlich der Zw. dasselbe meint wie in den erwähnten Paragraphen oder ob Sinn und logischer Zusammenhang mit dem Ganzen dazu zwingen an anderen Stellen der Zivilprozeßordnung dem Worte „beginnen" inbezug auf die Zw. eine andere Bedeutung beizulegen.

Die Zivilprozeßordnung redet vom Beginne der Zw. mit klaren Worten an ein paar Stellen:

Nach den §§ 750, 751, 798 ZPO. „darf die Zw. nur beginnen, wenn . .", nach § 752 „darf die Zw. erst beginnen, nachdem . . ." gewisse Bedingungen erfüllt sind; nach § 756 „darf" in bestimmten Fällen „der Gerichtsvollzieher die Zw. nicht beginnen, bevor er . . ." gewissen Vorschriften Genüge geleistet hat. Zu dem § 756 kann man den § 765 hinzunehmen: hier wird — wie leicht ersichtlich — das Wort „Beginn"

aus dem einfachen Grunde vermieden um der Vorschrift ein weiteres Geltungsgebiet zu geben und sie nicht auf den Beginn der Zw. zu beschränken; gemäß § 765 „darf" auch „das Vollstreckungsgericht eine Vollstreckungsmaßregel nur anordnen, wenn . . ." gewisse Nachweise vorliegen.

Nach § 779 wird „eine Zw., welche zur Zeit des Todes des Schuldners gegen diesen bereits begonnen hatte, in den Nachlaß desselben fortgesetzt."

Nach § 900 endlich „beginnt das Verfahren" -- es heißt nicht die Zwangsvollstreckung! — „zur Abnahme des Offenbarungseides mit dem Antrage auf Bestimmung eines Termines zur Leistung des Eides." —

Nun gehört § 798 ZPO. sachlich so eng zu §§ 750 bis 752, daß die Möglichkeit einer verschiedenen Bedeutung der Gesetzesworte ausscheidet.

In § 756 sagt das Gesetz „ . . . so darf der Gerichtsvollzieher die Zw. nicht beginnen . . ." Bedeutet „Zw." hier einen enger begrenzten Begriff wie in §§ 750/52, ist also mit dem Worte „Beginn" der Zw. dort etwas anderes gemeint wie hier? Der Wortlaut gibt zu solcher Auslegung gewiß gar keinen Anlaß. Ein einziger Unterschied besteht zwischen der Ausdrucksweise von §§ 750/52 einerseits und § 756 andererseits, nämlich folgender: Durch die Wendung „darf der Gerichtsvollzieher" in § 756 ist der Beginn der Zw., falls diese dem Gerichtsvollzieher obliegt, noch näher präzisiert als durch das bloße „darf die Zw. nicht beginnen" in §§ 750/52. Die §§ 750—752 beziehen sich auch auf die Fälle, wo nicht der Gerichtsvollzieher, sondern das Gericht Vollstreckungsorgan ist, und lehren uns, daß vollstreckbare Ausfertigung, Zustellungen usw. noch keine Zw. sind, womit diese aber gleichzeitig oder später beginnt, dafür fehlen hier die näheren Anhaltspunkte. § 756 gibt uns durch seine Fassung folgendes gewiß: Die Zw. beginnt jedenfalls erst mit der Vollstreckungstätigkeit des Gerichtsvollziehers, also auch noch nicht mit der Auftragserteilung des

Gläubigers an den Gerichtsvollzieher oder mit dessen Prüfung bezüglich des Vorliegens der nötigen Voraussetzungen[1]).

§ 765 erledigt sich hiermit gleichfalls, da ja dieser Paragraph ausdrücklich auf § 756 verweist. —

Warum ferner in § 779 den Worten „Zw." und „beginnen" eine andere Bedeutung sollte beizumessen sein, wie in den §§ 750/52, 756, 765, ist nicht abzusehen. —

Es bliebe noch übrig § 900: Hier sagt das Gesetz „das Verfahren" — nämlich zur Abnahme des Offenbarungseides — „beginnt", nicht die „Zw. beginnt". Damit fällt von selbst das Bedenken, es könne das Gesetz mit denselben Worten Verschiedenes ausdrücken. Wie sich aber dieser „Verfahrensbeginn" in § 900 zum „Zw.-Beginn" verhält, das wird später zu erörtern sein.

II. Ende.

Vom „Ende" der Zw. ist dagegen mit so deutlichen Worten nirgends die Rede. Die Zivilprozeßordnung spricht nur verschiedentlich vom „Einstellen" und vom „einstweiligen Einstellen" der Zw., so in §§ 707, 719, 732, 769, 771, 775 u. s. f., daneben ist hier und sonst vom „Aufheben" der erfolgten Vollstreckungsmaßregeln die Rede.

Naturgemäß ist die Zw. dann beendet, wenn ihr Zweck erreicht ist. Dieser selbstverständliche Grundsatz bedarf wohl auch keiner besonderen Worte. —

Aus dem Wortlaute des Gesetzes ist somit ein zweifellos sicherer Beweis dafür gewonnen, an welcher Stelle die Untersuchung nach dem Beginne der Zw. bei den einzelnen Arten der Vollstreckung einzusetzen hat.

Es ist erwiesen, was nicht oder genauer noch nicht Beginn der Zw. ist. Die Zw. im eigentlichen Sinne, nach dem

[1]) Vgl. oben Seite 9 f., Ziff. 6!

Begriffe, wie ihn das Gesetz enthält, beginnt ganz allgemein gesagt erst da, wo die eigentliche Vollstreckungstätigkeit anfängt.

Die Zivilprozeßordnung macht übrigens zwischen den Worten „Vollstreckung" und „Zwangsvollstreckung" keinen Unterschied; sie gebraucht die beiden Ausdrücke durchaus synonym[1]).

„Wenn nach dem Gerichtsverfassungsgesetz § 204 das ganze Verfahren von dem Aufschube der Gerichtsferien unberührt bleiben soll, so kann offen bleiben, ob mit diesem Ausdrucke ein fester Begriff zu verbinden ist. der über die eigentliche Zw. hinausgreift. Denn es hieße den Gläubiger seines Rechtes auf die Vollstreckung in den Ferien berauben, wollte man ihm zwar diese selbst, nicht aber ihre nach dem Gesetze notwendige Vorbereitung in den Ferien gestatten[2])."

Kosten und Gebühren scheiden ebenfalls für die Betrachtung über den Beginn und das Ende der Zw. aus.

Im folgenden wird jetzt zu prüfen sein, was im einzelnen als die erste Vollstreckungstätigkeit anzusehen ist und anschließend daran, wann diese Vollstreckung im einzelnen beendet ist.

---

[1]) Vgl. Gmelin: Die Vollstreckbarkeit nach Reichszivilprozeßrecht. Tübingen 1898 § 2 S. 10/11.

[2]) Vgl. Gaupp-Stein Vorbem. VII a, vor § 704.

Drittes Kapitel.

Besonderer Teil.

Erster Abschnitt.

Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen

A) ins bewegliche Vermögen.

I. Zwangsvollstreckung in körperliche Sachen.

Beginn.

Die Zw. in das bewegliche Vermögen erfolgt durch Pfändung. Die Pfändung der im Gewahrsam des Schuldners, der im Gewahrsam des Gläubigers oder eines zur Herausgabe bereiten Dritten befindlichen Sachen wird dadurch bewirkt, daß der Gerichtsvollzieher dieselben in Besitz nimmt §§ 803, 808, 809 ZPO.

Es wird der Normalfall nun wohl so sein:

Alle Voraussetzungen für den Beginn der Zw. liegen einwandfrei vor, der Gerichtsvollzieher hat sich hiervon überzeugt, er fordert den Schuldner oder einen Angehörigen noch zur freiwilligen Leistung auf, hat damit keinen Erfolg und schreitet nunmehr zur Vollstreckung. Zu diesem Zweck ergreift er Besitz von körperlichen Gegenständen, die ihm geeignet erscheinen, nimmt sie entweder zu sich oder befestigt seine Zeichen an ihnen, um dadurch die Pfändung wirksam zu machen. Die Zw. beginnt also mit der Besitznahme, d. i. mit der Pfändung.

Die Aufforderung zur freiwilligen Leistung seitens des Gerichtsvollziehers an den Schuldner vor Beginn der Zw. ist reichsgesetzlich nicht vorgeschrieben. Als einzige Bestimmung, aus der man eine solche Vorschrift allenfalls herauslesen könnte, käme wohl nur der § 757 inbetracht und dieser Paragraph gibt tatsächlich nicht den geringsten Anhalt für eine derartige Annahme. Soweit eine solche Aufforderung landesrechtlich vorgeschrieben ist, ergibt schon der Wortlaut der einschlägigen Bestimmungen, daß diese Aufforderung selbst noch keinen Beginn der Zw. darstellt[1]).

Es frägt sich nun, ob es ausreichend ist, allgemein zu sagen, die Zw. in körperliche Sachen beginne mit der Pfändung.

Man nehme folgendes Beispiel: Die Voraussetzungen für die Zw. sind gegeben; die Zw. kann ordnungsgemäß begonnen werden. Eine Aufforderung an den Schuldner freiwillig zu leisten ist erfolgt. Dieser weiß genau, daß als nächste Tätigkeit des Gerichtsvollziehers das „Pfänden" folgt, er setzt dem Gerichtsvollzieher sehr energischen Widerstand entgegen, sodaß es dem Gerichtsvollzieher zunächst völlig unmöglich ist, seine Aufgabe direkt zu erfüllen. Der Gerichtsvollzieher weiß noch gar nicht, ob überhaupt pfändbare Gegenstände vorhanden sind; er muß erst einmal an die Sachen herankommen um dann pfänden zu können. § 758 ZPO. gibt ihm das Recht, auch Gewalt anzuwenden, soweit der Zweck der Zw. es erfordert. Der Gerichtsvollzieher macht hievon Gebrauch, überwindet den Widerstand und findet schließlich, daß keine körperlichen Sachen, die sich zum Pfänden eignen, vorhanden sind; er nimmt daher in sein Protokoll auf, daß die Pfändung mangels geeigneter Objekte resultatlos verlaufen ist. Der Gerichtsvollzieher macht dem Gläubiger sogleich Mitteilung, daß es mit der Pfändung körperlicher Gegenstände nichts war; der

[1]) Vgl. § 71 Abs. II, III der bayerischen Geschäftsanweisung für die Gerichtsvollzieher. Justiz-Minist.-Blatt 1900 Seite 621.

Gläubiger will alsbald Forderungen des Schuldners pfänden lassen oder die Zw. in das unbewegliche Vermögen betreiben — da erfährt er, daß der Schuldner inzwischen gestorben ist. Der Nachlaß ist als solcher deutlich erkennbar vollständig vorhanden.

Hat hier die Zw., obwohl es nicht zu einer Pfändung gekommen ist, trotzdem schon begonnen oder nicht?

Oder es könnte auch die Möglichkeit eintreten, daß der Schuldner plötzlich stirbt, während der Gerichtsvollzieher seinen Widerstand brechen oder sonstige Hindernisse beseitigen will, noch bevor aber ein einziger Gegenstand von der Pfändung ergriffen ist. Der Gerichtsvollzieher nimmt unter den Umständen zunächst Abstand von einer weiteren Tätigkeit. Hat hier die Zw. schon begonnen, kann also die Zw. fortgesetzt werden oder nicht?

Wollte man sagen: Die Zw. in körperliche Sachen beginnt erst mit der Pfändung, und wollte man dies ganz streng auslegen, so könnte, ja müßte man in beiden Fällen folgern: Pfändung liegt eigentlich keine vor, Zw. hat demnach keine begonnen, dem Gläubiger steht das Recht aus § 779 Abs. I ZPO. nicht zu, er kann keine Zw. in den Nachlaß fortsetzen, weil zur Zeit des Todes des Schuldners gegen diesen keine begonnen hat.

Muß denn aber wirklich erst gepfändet, müssen also bestimmte Gegenstände von der Zw. bereits ergriffen sein, damit man von Beginn einer Zw. in körperliche Sachen reden kann? In der Begründung zum Entwurfe der ZPO. von 1877[1]) heißt es: Angenommen, es liegt ein rechtskräftiges oder vorläufig vollstreckbares Urteil gegen den Schuldner vor und der Schuldner ist hiernach gestorben, so „verändert der Tod die Sachlage nicht weiter als daß die Richtung der Zw. gegen den Erben durch Zustellung einer neuen vollstreckbaren Aus-

[1]) Hahn, Materialien Seite 443.

fertigung begründet werden muß. Hievon ist aus praktischen Gründen die Ausnahme zu machen, daß die bereits begonnene Vollstreckung in den Nachlaß des inzwischen verstorbenen Schuldners fortgesetzt wird; es sind in diesem Falle entweder bereits Gegenstände von der Zw. ergriffen oder der Nachlaß ist noch äußerlich als solcher erkennbar vorhanden."

Diese Ausführungen, insbesondere aber der Wortlaut des § 779 Abs. I selbst zwingen dazu, die eben gestellte Frage zu verneinen. Es kann ein Beginn der Zw. schon in der Gewaltanwendung des Gerichtsvollziehers liegen, um einen Widerstand zu brechen oder Hindernisse aus dem Wege zu räumen, ohne daß es im folgenden bei Zw. in körperliche Sachen zur Pfändung gekommen sein muß. Nach § 803 ZPO. *erfolgt* die Vollstreckung durch die Pfändung. Trotzdem *beginnt* die Vollstreckung nicht immer mit der Pfändung. Der erste Zwang, den der Schuldner dulden muß und der sich hier im letzten Grunde von Anfang an gegen bestimmte Vermögensstücke des Schuldners, nämlich gegen die beweglichen körperlichen Sachen in dessen Besitz, richtet, stellt bereits den Beginn der Zw. dar, auch ohne daß einzelne Gegenstände von der Staatsgewalt bereits ergriffen zu sein brauchen[1]).

Eine Tätigkeit des Gerichtsvollziehers nach § 758 ZPO., die im Ende darauf hinausläuft eine Pfändung zu ermöglichen, selbst aber noch keine solche darstellt, ist sonach zweifellos bereits Zw. Die Zw. hat hiermit schon begonnen.

Im obigen Falle wäre es auch wenig „praktisch" und direkt ungerecht, wenn man dem Gläubiger einfach das Recht des § 779 ZPO. nicht zusprechen wollte. Der Gläubiger hat vielleicht eine große Summe zu fordern; er wußte bestimmt, daß der Schuldner wertvolle Schmucksachen besaß, wollte es im Anfang vermeiden sich mit zweifelhaften Forderungen herumschlagen zu müssen, wollte auch das unbewegliche Vermögen

[1]) Vgl. auch Gruchot Bd. 37 S. 676; Kammergericht, Urteil vom 5. Dezember 1908 in OLG. Bd. 19 S. 9.

des Schuldners zunächst schonen und jetzt — dürfte er mit vollstreckbarer Ausfertigung u. s. f. von vorne beginnen und hat vielleicht trotzdem das Nachsehen, während es ihm bei einer einfachen Fortsetzung der Zw. ohne Zeitverlust für die vollstreckbare Ausfertigung gegen den Erben 2c. — von den Kosten soll ganz abgesehen werden — hätte glücken können, Befriedigung zu erlangen.

Wollte man trotzdem annehmen, die Zw. in körperliche Sachen beginnt erst mit der Pfändung, so müßte man eine etwa vorhergehende Tätigkeit des Gerichtsvollziehers nach § 758 ZPO. mindestens als notwendige Vorstufe, als unmittelbare Vorbereitung speziell der Pfändung gelten lassen. Naturgemäß kann eine menschliche Tätigkeit, so auch eine Pfändung, unmöglich in einem Male, in einem einzigen Akte geschehen, streng genommen sind immer eine Reihe von einzelnen Handlungen nötig. Wie läßt sich dann aber bei einer so diffizilen Unterscheidung eine wirklich scharfe Grenze finden! Der eine sieht etwas noch als Vorbereitung an, der andere hält es bereits für ein Stück der Ausführung dessen, worauf das Ganze abzielt. Der eine meint, wenn der Gerichtsvollzieher seine Hand auf einen Gegenstand legt, ihn so in Besitz nimmt und dabei erklärt, er pfände, so sei damit die erste Pfändungstätigkeit geschehen, was vorher liegt, ist alles noch keine solche. Ein anderer behauptet, schon das gehört zur Pfändungsausführung, wenn ich einen Widerstand beiseite schaffe um an den Gegenstand herankommen zu können.

Eine scharfe Grenze ließe sich allerdings gewinnen, wenn man so präzisiert: Die Zw. beginnt mit der Vollendung, mit der Bewirkung der Pfändung. Mit diesem Zeitpunkt ist aber der erste Teil der Zw. in körperliche Sachen bereits vollendet und der zweite Teil kann beginnen; dieser weitere Teil aber, „die weitere Ausführung der Zw., geschieht notwendig durch Versteigerung[1])." Den Beginn sucht man aber doch normaler-

[1]) Begründung bei Hahn, S. 454.

weise nicht am Schlusse des ersten Teiles, sondern an dessen Anfang.

Sagt man demnach einfach, die Zw. in körperliche Sachen beginnt mit der Pfändung, so kann man dies freilich nicht schlechthin als unrichtig bezeichnen, allein, wie sich aus dem Dargelegten ergibt, ist diese Ausdrucksweise nicht immer ausreichend. Man wird daher sagen müssen: Die Zw. in körperliche Sachen beginnt mit der ersten gegen den Schuldner gerichteten Vollstreckungshandlung des Gerichtsvollziehers, welche darauf abzielt eine Pfändung durchzuführen. Damit ist dann wohl auch der Fall gedeckt, daß der Gerichtsvollzieher mit der Vollstreckungstätigkeit begonnen hatte, aber eine Pfändung aus irgend welchen Gründen nicht bewirken konnte.

In der Literatur ist die Ausdruckweise sehr verschieden. Es mögen zum Vergleiche einige Beispiele folgen:

Gaupp-Stein, Kommentar zur ZPO. (Vorbem. VII, b, 1 zu § 704).

„Die Zw. beginnt, soweit sie durch den Gerichtsvollzieher erfolgt, also besonders bei der Pfändung beweglicher Sachen (§§ 808 f., 814, 831) . . . mit der ersten gegen den Schuldner bezw. gegen dessen Sachen gerichteten Vollstreckungshandlung (z. B. § 758)."

Seuffert, ZPO. (Anm. 1 zu § 750).

„Die Vollstreckung in Sachen, die zum beweglichen Vermögen gehören, beginnt mit der Pfändung (§§ 808, 809)."

Struckmann und Koch, ZPO. (Anm. 1, Abs. 3 zu § 750).

„Der Zeitpunkt des Beginnes ist derjenige, in welchem der Gerichtsvollzieher, der nach § 753 die Zw. in der Regel zu bewirken hat, zuerst tätig wird (vgl. z. B. §§ 808 Abs. 1, 883 Abs. I, 885) . . ."

Petersen, ZPO. (Vorbem. vor § 704, II. Bd., S. 272 (1906) unter a).

„Die Zw. im engeren Sinne beginnt, soweit sie dem Gerichtsvollzieher zusteht, insbesondere also bei der Pfändung beweglicher Sachen (§§ 808 ff., 814, 831) . . . mit der ersten Vollstreckungshandlung gegen den Schuldner (z. B. § 758)."

Wilmowsky-Levy, ZPO. (Anm. zu § 693 alter Zählung; 1895).

„Zum Beginne der Zw. gehört ein Anfang der Ausführung der Vollstreckungshandlung des Gerichtsvollziehers (oder des Vollstreckungsgerichtes)."

Freudenthal, ZPO. (Anm. 6, b, α zu § 771).

„Beginn der Zw. bei Zw. in Mobilien: mit dem Pfändungsakte des Gerichtsvollziehers (§§ 808, 809)."

Sydow-Busch, ZPO. (zu § 750).

„Die Zw. beginnt, wenn der Gerichtsvollzieher zuerst tätig wird . . ."

Neumiller, ZPO. (3. u. 4. Aufl. 1911; Anm. zu § 750).

„Beginn der Zw. hier im eigentlichen Sinne: Besitznahme (auch Arrest) . . ."

Plank, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechtes (1896) Bd. II, S. 686; § 175, 1, I.

„Die Zw. beginnt mit dem ersten Zwangsvollstreckungsakt, also mit dem Momente, wo das vom Sieger angerufene Zwangsvollstreckungsorgan eine gegen den Besiegten gerichtete Zw.-Handlung (nicht bloß vorbereitet, sondern) zur Erscheinung bringt. Das ist beim Gerichtsvollzieher der Augenblick, wo er die zu pfändende Sache in Besitz nimmt (§§ 712, 732 alter Zählung) . . ."

Richard Schmidt, Lehrbuch d. deutschen Zivilprozesses, § 109, III.

„An den (zu II) bezeichneten Sachen wird die Vollstreckung eingeleitet durch Pfändung seitens des Gerichtsvoll-

ziehers. Sie wird nach § 808 „dadurch bewirkt, daß der Gerichtsvollzieher dieselben in Besitz nimmt" (Abs. 1)."

Fitting, Der Reichszivilprozeß, § 95, I, Seite 556.

„ . . . darf das Vollstreckungsorgan (Gerichtsvollzieher, Vollstreckungsgericht, Prozeßgericht) mit der Zw. nur dann beginnen, d. h. den ersten der Schritte tun, wodurch nach der Natur des zu vollstreckenden Anspruches seine Vollstreckung erfolgt, wenn . . ."

Falkmann, Die Zwangsvollstreckung, alte Auflage 1888 (vgl. wegen der neuen Aufl. unten S. 73 !), § 11, 5, C, a (S. 59).

„Der Beginn der Zw. liegt bei der Vollstreckung in körperliche Sachen im Pfändungsakte . . ."

Eckstein, Die Zwangsvollstreckung der deutschen Zivilprozeßordnung. 1879. XIV. Abschnitt, Anm. 1, S. 33.

„Unter dem Beginne der Zw. versteht man den Zeitpunkt, zu welchem das Urteil bereits für vorläufig vollstreckbar erklärt oder rechtskräftig geworden ist."

Bunsen, Die Lehre von der Zwangsvollstreckung. 1885. § 31, S. 140.

„Unter Beginn der Zw. verstehen wir hier nicht bloß den Anfang des ersten Zwangsvollstreckungsaktes, sondern auch jeden neuen selbständigen Zw.-Aktes, der sich nicht als bloße weitere Ausführung des ersten Aktes darstellt." (Vgl. auch unten Schluß, Seite 76 f. !)

Hein, Handbuch der Zwangsvollstreckung. Hannover 1911. § 7, Seite 133.

„Die Zw. beginnt, wenn in Fahrnis vollstreckt wird, mit der Pfändung durch den Gerichtsvollzieher."

Ferner § 5, Seite 69 (zu § 779).

„Die Zw. muß bei Lebzeiten des Schuldners tatsächlich begonnen haben, nicht bloß durch Urteilszustellung oder sonstwie vorbereitet sein. Bei Sachpfändung muß der Gerichtsvollzieher gepfändet haben."

Ende.

Als Ende der Zw. in körperliche Sachen kann natürlich nicht inbetracht kommen der Abschluß der Pfändung; die Zw. geht nicht darauf aus Gegenstände bloß zu pfänden, also in den Besitz des Gerichtsvollziehers zu bringen und dem Schuldner zu entziehen, sondern die Pfändung ist nur ein Mittel zum Zwecke; Zweck der Zw. aber ist in diesem Falle die Befriedigung des Gläubigers. Das lassen schon die Überschriften im zweiten Abschnitte des achten Buches der ZPO., erster und zweiter Titel ersehen. Hier heißt es: „Zw. in das bewegliche Vermögen", „ . . . in körperliche Sachen", „ . . . in Forderungen und andere Vermögensrechte", „ . . . in das unbewegliche Vermögen", — im Gegensatz zum dritten Abschnitt, wo es heißt: „Zw. zur Erwirkung der Herausgabe von Sachen . . .". Es ist dem Gläubiger nicht darum zu tun, gerade die oder die körperliche Sachen, die Forderungen, die Grundstücke zu erhalten, sondern eben körperliche Sachen, Geld, andere Sachen u. s. w. Es ist ihm an und für sich ganz gleichgültig, was es ist, nur will er eben etwas bekommen, das er versilbern, womit er seine Geldforderung möglichst rasch decken kann. Hat der Gerichtsvollzieher Geld gepfändet, so ist dieser Zweck sehr einfach erreicht. Der Gerichtsvollzieher liefert das gepfändete Geld dem Gläubiger ab (§ 815); damit ist die Zw. beendigt.

Auch nach den Motiven ist mit der „Ablieferung des gepfändeten Geldes an den Gläubiger das Vollstreckungsverfahren beendet[1])."

Es ist dieser Fall der natürlichste und enthält gewissermaßen das, was die Ausdrucksweise „Zw. wegen Geldforderungen in das bewegliche Vermögen" sagen will, in einfachster Form. Der Gläubiger hat — als genus, nicht als species — Geld zu bekommen; der Schuldner gibt es nicht freiwillig; da wird ihm solches durch besondere staatliche Organe weggenommen ohne seine Einwilligung und dem Gläubiger gegeben.

[1]) Vgl. bei Hahn, Seite 153.

Nachdem es jedoch nur in den allerseltensten Fällen so glatt geht, muß ein Umweg beschritten werden: man nimmt dem Schuldner andere Gegenstände weg und macht sie zu Geld, das den Gläubiger befriedigen soll. Daher „geschieht die weitere Ausführung der Zw. notwendig" mittels öffentlicher Versteigerung der gepfändeten Sachen durch den Gerichtsvollzieher: §§ 816, 817 ZPO. oder, soweit dies zulässig, durch einfachen Verkauf: §§ 820, 821 ZPO. Verfolgt man diesen Gedankengang, so ergibt sich ganz von selbst: Die Befriedigung des Gläubigers tritt ein mit der Ablieferung dieses Versteigerungs- bezw. Verkaufserlöses an den Gläubiger und hiermit ist von selbst auch das Ende der Zw. in körperliche Sachen gegeben.

Nun sagt aber § 815 Abs. III bezw. § 819 ZPO.: Die Wegnahme des Geldes bezw. die Empfangnahme des Erlöses durch den Gerichtsvollzieher „gilt" — das Gesetz sagt nicht „ist" Zahlung — als Zahlung von seiten des Schuldners, sofern nicht nach § 815 Abs. II oder nach § 720 die Hinterlegung zu erfolgen hat bezw. sofern nicht dem Schuldner nachgelassen ist, durch Sicherheitsleistung oder durch Hinterlegung die Vollstreckung abzuwenden.

Ist darnach nicht vielleicht mit dieser Wegnahme bezw. Empfangnahme schon ein Ende der Zw. gegeben?

Wenn freilich der Zuschlag dem Gläubiger selber erteilt wird oder bei freihändigem Verkauf der Gläubiger Käufer ist, so gilt mit Rücksicht auf §§ 817 Abs. IV, 823, 825 ZPO. die Kaufschuld und die beizutreibende Schuld — soweit sich die Beträge unter Berücksichtigung der Kosten decken und keine besonderen anderen Hindernisse im Wege stehen — als durch Aufrechnung getilgt, es fällt somit die Befreiung des Schuldners und die Befriedigung des Gläubigers zusammen; über das Ende der Zw. kann hier weiter kein Zweifel mehr sein. Diese Fälle stellen aber immerhin Ausnahmen dar und sollen für die Beantwortung der aufgeworfenen Frage ausscheiden.

Aus den §§ 815 Abs. III und 819 könnte man folgern: Der Gerichtsvollzieher nimmt an Stelle des pfändenden Gläubigers den Verkaufserlös in Empfang, der Gläubiger gelangt also durch die Person seines Stellvertreters, des Gerichtsvollziehers, bereits hiermit in den Besitz des Erlöses. Sobald demnach die Wirkung des § 815 Abs. III bezw. 819 eintritt, ist ein Pfanderlös als solcher eigentlich gar nicht mehr vorhanden, der Gerichtsvollzieher hat in Wahrheit nicht den Pfanderlös als solchen, sondern das zwar aus dem Verkaufe der gepfändeten Sachen herstammende, aber bereits als Zahlung von seiten des Schuldners in den Besitz und das Vermögen des Gläubigers übergegangene Geld (des Gläubigers) inne.

Diese Anschauung wurde und wird verschiedentlich vertreten. Vgl. die bei Gaupp-Stein Bd. II, S. 364, Fußnote 104 und bei Seuffert Bd. II, S. 416/17, Anm. 6, b, α gegen Ende angeführten Entscheidungen; besonders deutlich in Seufferts Archiv XXXVIII, 483: Oberlandesger. Hamburg vom 14. II. 1882.

Abgesehen von der sehr angreifbaren Behauptung, der Gerichtsvollzieher sei schlechthin „Stellvertreter" des Gläubigers und von der etwas sophistischen Unterscheidung zwischen dem Pfanderlöse einerseits und dem aus dem Verkaufe der gepfändeten Sachen herstammenden Gelde, welches auf einmal nicht mehr Pfanderlös ist, andererseits, muß gegen diese Auffassung folgendes vorgebracht werden:

Vor allem steht entgegen der § 815 selbst. Die Wegnahme des Geldes durch den Gerichtsvollzieher gilt als Zahlung von seiten des Schuldners nicht, wenn nach § 815 Abs. II die Hinterlegung erfolgt. Angenommen, es sei hinterlegt und es sei die in § 815 Abs. II vorgeschriebene Frist von zwei Wochen abgelaufen, ohne daß eine entsprechende Entscheidung nach § 771 Abs. I beigebracht ist: was soll nun der Gerichtsvollzieher noch „vollstrecken", wenn man annimmt, mit Eintritt der Wirkung des § 815 Abs. III sei das Ende der Zw. ge-

geben! Konsequenter Weise dürfte man in § 815 Abs. II Satz 2 nicht von „Fortsetzung der Zw." sprechen, sondern müßte entweder mit dürren Worten bemerken, die Zw. sei als beendet anzusehen oder vielleicht andeuten, daß der Schuldner befreit ist, wenn nicht binnen einer Frist von zwei Wochen die verlangte Entscheidung beigebracht wird. Eine weitere Tätigkeit des Gerichtsvollziehers, die nicht den Charakter einer Vollstreckungstätigkeit tragen soll, nach dem so gewollten „Ende" der Zw. könnte man allenfalls noch damit rechtfertigen, daß man sagt: Mit der Empfangnahme des Erlöses bezw. Wegnahme des Geldes durch den Gerichtsvollzieher ist die Zw. wegen Geldforderungen in körperliche Sachen zwar beendet oder als solche abgeschlossen, allein „das Auftragsverhältnis zwischen Gläubiger und Gerichtsvollzieher wird selbstverständlich erst mit der Ablieferung des Geldes an den Gläubiger . . . erledigt" [1]). Von einer Vollstreckungstätigkeit des Gerichtsvollziehers, wie das Gesetz sagt, könnte man aber dann sicher nicht mehr reden.

Ganz und gar unvereinbar ist aber mit dieser hier bekämpften Auffassung der § 827 in Verbindung mit §§ 872 ff. Wollte man mit der Empfangnahme des Erlöses durch den Gerichtsvollzieher die Zw. prozessualisch beendet sein lassen, so wüßte man gar keine Erklärung dafür, was eigentlich von einer Hinterlegung des Erlöses gemäß § 827 Abs. II, III und einem sich anschließenden Verteilungsverfahren nach §§ 872 ff. zu halten ist. Beides hat von Amtswegen zu geschehen und wird den Gläubigern, wenigstens soweit sie zuerst an der Reihe sind, den Erlös haben möchten, um so vollständig zu ihrem Geld zu kommen, als unwillkommene Verzögerung schwerlich besonders erwünscht sein. Den Gläubigern ist also mit der Wirkung des § 819 nichts gedient, denn damit ist praktisch noch gar nichts für sie erreicht. (Das Verteilungsverfahren findet

[1]) So Rottmann, Handbuch für den Gerichtsvollzieherdienst. 1903.

aber — das sei noch besonders hervorgehoben — auch in den Fällen statt, wo die Fiktion des § 819 bezw. 815 Abs. III bereits eingetreten ist.) Wollte man auch von dem rein praktischen Standpunkte eines Gläubigers absehen, so müßte man doch anerkennen, daß mit der Wirkung des § 819 bezw. 815 Abs. III wohl nach der einen Richtung ein Resultat vorliegt, nach der anderen aber das Ganze einfach noch in der Luft hängt. Eine Zw. kann aber doch naturgemäß erst dann zu Ende sein, wenn der Gläubiger ein endgültiges Resultat vor sich hat, wenn er also befriedigt ist oder vielleicht auch dann, wenn er sieht, daß sein Bestreben umsonst war. Das Verteilungsverfahren gehört unbestritten noch zur Zw.

Irgend eine Hinterlegung des Erlöses kann hiernach ebensowenig die Zw. beenden. Insbesondere hat der Gläubiger auch hiermit gar nichts erreicht, es ist nicht ersichtlich, wie der Gl. durch eine, selbst auf seinen eigenen Antrag hin erfolgte Hinterlegung des Erlöses bei Gericht irgendwelche besonderen Rechte an dem Erlöse erlangt haben sollte. Zweck und Bedeutung einer solchen Hinterlegung sind doch bloß: Die hinterlegten Gegenstände einstweilen der Disposition des oder der Pfändungspfandgläubiger zu entziehen. Es muß dabei als völlig belanglos angesehen werden, ob der Erlös für versteigerte Pfandstücke oder aber der Betrag einer gepfändeten Forderung hinterlegt ist; denn auch in letzterem Falle — es sei dies gleich hier angeführt — ist eine Befriedigung des Gläubigers in keiner Weise erfolgt, die Hinterlegung hat nur die Wirkung, daß als Gegenstand der Zw. an Stelle der gepfändeten Forderung nunmehr der hinterlegte Betrag getreten ist[1]).

Ein Beweis dafür, daß mit einer Hinterlegung keine Beendigung der Zw. eintreten kann, ist auch folgendes:

Unbestrittenermaßen ist die Widerspruchsklage nach § 771 ZPO. zulässig und möglich, wenn die Zwangsvollstreckung be-

[1]) Vgl. bes. RG.-Zivilsachen Bd. 67 S. 311, OLG. zu Celle in Seufferts Archiv Bd. 38 S. 251.

gonnen hat und solange als die Zw. noch nicht beendet ist. Wenn nun ein Gerichtsvollzieher Wertpapiere pfändet, an denen einem Dritten das Eigentum zusteht, die Wertpapiere umwechselt und den Barerlös hinterlegt, so tritt letzterer oder die Forderung gegen die Hinterlegungsstelle an die Stelle des untergegangenen Dritteigentums an den Papieren[1]).

Die Zw. wegen Geldforderungen in körperliche Sachen endigt also mit der Ablieferung, Aushändigung des gepfändeten Geldes bezw. des Versteigerungserlöses oder Verkaufserlöses an den Gläubiger oder natürlich an seinen Bevollmächtigten, dessen Vollmacht von Amtswegen zu berücksichtigen wäre.

Diese Anschauung wird fast durchweg vertreten, andere Auffassungen stehen nur ganz vereinzelt[2]).

Auch das Reichsgericht steht auf diesem Standpunkt in zahlreichen Entscheidungen; neuere Entscheidungen: RG. Bd. 67 S. 311; Bd. 69, S. 93.

II. Zwangsvollstreckung in Forderungen und andere Vermögensrechte.

Beginn:

a) Zwangsvollstreckung in Geldforderungen.

Bei der Zw. in Geldforderungen liegt die erste Vollstreckungstätigkeit beim Pfändungsbeschluß und es entsteht die Frage: Beginnt die Zw. mit Erlaß des Pfändungsbeschlusses durch das Gericht oder mit der Zustellung dieses Beschlusses? Die Meinungen hierüber waren lange sehr geteilt.

Nach § 765 ZPO. darf bei einer Zug um Zug zu bewirkenden Leistung des Gläubigers an den Schuldner das Vollstreckungsgericht eine Vollstreckungsmaßregel nur anordnen,

[1]) So neuestens Urteil des Reichsgerichts vom 8. Okt. 1912 im Recht 1912 Nr. 3407.

[2]) Vgl. die Kommentare!

wenn gewisse Bedingungen erfüllt sind. Die Bestimmung ist der in § 756 nachgebildet.

In der Begründung der Novelle zur ZPO. von 1898, S. 156 (bei Hahn, S. 143) heißt es:

„Handelt es sich um eine dem Gerichtsvollzieher obliegende Zw., so ist der Gläubiger in der Lage seine Gegenleistung unmittelbar vor der Ausführung der Maßregel dem Schuldner durch den Gerichtsvollzieher anbieten zu lassen. Bietet nunmehr der Schuldner die verlangte Leistung seinerseits nicht an, so kommt er in Verzug der Annahme und die Zw. kann ohne weiteres erfolgen. . . . Wird nicht in der bezeichneten Weise verfahren, so darf der Gerichtsvollzieher die Zw. nur beginnen, wenn der Beweis . . . geführt wird und . . .

Für die Anordnung einer Vollstreckungsmaßregel durch das Vollstreckungsgericht muß mit Rücksicht auf die Verschiedenheit der Sachlage als Regel die Vorschrift festgehalten werden, daß die Anordnung überhaupt nur erfolgen darf, wenn der Beweis . . . geführt wird und . . . Ausnahmsweise bedarf es jedoch einer solchen Zustellung in dem Falle nicht, daß schon früher der Gerichtsvollzieher die Zw. begonnen hatte und der Beweis . . . geführt wird."

Hieraus geht deutlich hervor, daß der Beginn der Zw. in der Vollstreckungs-„Anordnung" durch das Vollstreckungsgericht liegen muß, nicht erst in einer Zustellung.

Es spricht dafür noch eine Reihe von Argumenten. Aus zwingenden Gründen schien es angezeigt „die ganze Zw. in nicht körperliche Gegenstände des beweglichen Vermögens auf die Gerichte zu übertragen[1])." In § 732 heißt es: „Die Zw. erfolgt, soweit sie nicht den Gerichten zugewiesen ist, durch Gerichtsvollzieher . . . ". Nach § 828 Abs. I erfolgen „die gerichtlichen Handlungen, welche die Zw. in Forderungen und andere Vermögensrechte zum Gegenstande haben, durch das Vollstreckungsgericht."

[1]) Vgl. Begr., S. 432.

Auch dies rechtfertigt die Annahme, daß der Erlaß des Pfändungsbeschlusses als die erste „gerichtliche Handlung" den Beginn der Zw. darstellt und es bleibt noch zu erwägen, ob ein Bedenken hiergegen aus § 829 hergeleitet werden kann.

Beschlüsse des Gerichtes müssen, um nach außen Bestand und Wirkung zu erlangen, verkündet oder „den Parteien von Amtswegen zugestellt werden". So die Regel. (§ 329 ZPO.) Es gibt aber auch Beschlüsse, welche ausnahmsweise nur an eine Partei ausgehändigt, von Amtswegen zugestellt zu werden brauchen, damit diese sie dem Gegner zustelle. Hierzu gehören die Forderungspfändungsbeschlüsse. Nach § 829 Abs. II Satz 1 hat „der Gläubiger den Beschluß dem Drittschuldner zustellen zu lassen". Es handelt sich hier um eine Zustellung auf Betreiben der Parteien. Der Gläubiger wird also einen Gerichtsvollzieher mit der Zustellung beauftragen. (§§ 167, 166 Abs. I.) Der Gerichtsvollzieher hat dieser Zustellung an den Drittschuldner die an den Schuldner sofort folgen zu lassen. (§ 829 Abs. II Satz 2.)

Nun hat aber einerseits der Gläubiger in der Regel überhaupt keinerlei Befugnis eine Vollstreckungstätigkeit vorzunehmen, andererseits ist der Gerichtsvollzieher hier lediglich Zustellungsorgan — das hat mit seiner Eigenschaft als Vollstreckungsorgan an sich gar nichts zu tun —; übrigens kann ja an seiner Stelle hier in gewissem Umfang auch ein Gerichtsschreiber handeln. (§§ 196, 166 Abs. II, 829 Abs. II Satz 3.) Es kann demnach in diesem Zusammenhang von keiner der drei Personen: Gläubiger, Gerichtsvollzieher, Gerichtsschreiber, etwas vollbracht werden, was eine Vollstreckungstätigkeit, somit den Beginn einer Zw. bedeuten könnte. Wenn mit der Zustellung an den Drittschuldner nach § 829 Abs. III eine bestimmte Wirkung verbunden sein soll, so ist dies hier grundsätzlich ohne Belang; es ist diese Wirkung an sich sehr erheblich, allein es steht hiermit die Zustellung an den Drittschuldner eben nur im Gegensatz zur Zustellung an den Schuldner.

Mit der Zustellung an den Drittschuldner ist nach § 829 Abs. III die Pfändung als bewirkt anzusehen. Diese Wirkung des § 829 Abs. III erleidet jedoch wieder eine Modifikation durch § 830 Abs. II. Handelt es sich nämlich um eine Forderung, für welche eine Hypothek besteht, so genügt zum Existentwerden des Pfändungspfandrechtes die Zustellung des Pfändungsbeschlusses nach § 830 Abs. I u. II für sich allein nicht. Die pfandrechtliche Wirkung entsteht erst dann, wenn die Übergabe des Hypothekenbriefes (§ 830 Abs. I Satz 1) erwirkt ist oder, wenn die Erteilung des Hypothekenbriefes ausgeschlossen ist, dann, wenn die Eintragung der Pfändung ins Grundbuch (§ 830 Abs. I Satz 2) hinzutritt. Sollte man nun den beiden Zustellungen — im Falle des § 829 und des § 830 —, die als solche ganz dieselben sind, in ihrer Wirkung aber doch wieder einen wesentlichen Unterschied zeigen, dieselbe Fähigkeit beimessen, eine Zw. zu beginnen!

Der Pfändungsbeschluß selbst endlich kann durch die Zustellung doch unmöglich in seiner selbständigen Bedeutung berührt werden.

Es ist nach all diesen Gesichtspunkten unrichtig den Beginn der Zw. in Forderungen und andere Vermögensrechte in die Zustellung des Pfändungsbeschlusses zu verlegen.

Stellt man sich übrigens auf den Standpunkt der hier abgelehnten Auffassung, so ergeben sich recht interessante Konsequenzen.

Für die Klage des § 771 ZPO. ist örtlich zuständig dasjenige Gericht, in dessen Bezirk die Zw. erfolgt. Dieser Gerichtsstand ist gemäß § 802 ein ausschließlicher. Betrachtet man nun erst die Zustellung des Beschlusses als Beginn der Zw., so kann man nicht leugnen, daß die Anordnung des Beschlusses selbst noch keine Zw. ist, eine Zw. zu dieser Zeit also überhaupt noch nicht „erfolgt". Es bleibt sonach nur übrig dasjenige Gericht, in dessen Bezirk zufällig die Zustellung erfolgt, als das zuständige Gericht nach § 771 zu bezeichnen.

Diese Konsequenz ist auch früher in Entscheidungen des öfteren völlig richtig gezogen worden.

Auch auf diesem Wege kommt man wieder zu dem gleichen Resultate wie oben. Diese Auffassung legt der Tätigkeit der Zustellungsorgane, die natürlich da stattfinden muß, wo sich der Zustellungsempfänger gerade zufällig aufhält, gegenüber der Beschlußtätigkeit des Gerichtes eine Bedeutung bei, die sich auf keine Weise rechtfertigen läßt. —

Sonach beginnt die Zwangsvollstreckung in Geldforderungen mit der Anordnung der Vollstreckung durch das Vollstreckungsgericht.

Dabei könnte allerdings noch eine Schwierigkeit auftauchen: Wann ist denn die Vollstreckung angeordnet? Ganz streng genommen wird man sagen können, der Beschluß des Gerichtes und mit ihm die Anordnung der Vollstreckung ist gegeben in dem Augenblicke, wo alle formellen Erfordernisse für eine gültige gerichtliche Anordnung gesetzt sind; das wird zumeist dann der Fall sein, wenn der betr. Richter als Letztes mit seinem Namen unterzeichnet. Allein das Ganze ist damit noch ein Internum des Gerichtes. Der Richter kann den Beschluß, solange er gewissermaßen noch auf seinem Schreibtisch liegt, immer noch abändern, ihn vernichten, geradeso als ob noch nichts geschehen wäre. Von dem Augenblicke der Aushändigung an den Gläubiger bezw. an den Gerichtsschreiber, der im Auftrage des Gläubigers zu handeln hat, in diesem Sinne also dessen Stellvertreter ist, wird eine solche Änderung unmöglich; denn damit hat der Beschluß des Gerichtes nach außen hin Wirksamkeit erlangt. Nun kann es auch vorkommen, daß zwei solche gerichtliche Anordnungen mit verschiedenem Datum zu gleicher Zeit, ja eine früher datierte erst nach einer später datierten ausgehändigt wird. Das Datum aber darf doch nicht einfach ignoriert werden. Man wird daher ergänzend sagen müssen: Als angeordnet gilt die Vollstreckung mit dem Zeitpunkte, wie ihn das Datum des Beschlusses er-

kennen läßt, vorausgesetzt — überflüssiger Weise könnte man das beifügen —, daß der Beschluß an den Gläubiger bezw. Gerichtsschreiber ausgehändigt wurde, gleichgültig wieder, wann diese Aushändigung stattgefunden hat[1]).

Besonderer Betrachtung bedarf die

Zwangsvollstreckung in Forderungen aus Wechseln und anderen indossablen Papieren

(Konnossemente, Lagerscheine, Ladescheine u. dgl.; HGB. § 363).

§ 831 ZPO. bestimmt, daß die Pfändung solcher Forderungen dadurch bewirkt wird, daß der Gerichtsvollzieher die entsprechenden Papiere in Besitz nimmt. Der Wechsel erscheint als Träger der Forderung und diese ist vom Wechsel nicht trennbar. Der Drittschuldner eines Wechsels oder eines anderen indossablen Papieres ist nur dem durch das Papier legitimierten Gläubiger zur Zahlung verpflichtet (WO. Art. 36, 39; HGB. § 364 f.). Bedenkt man dies, so beantwortet sich die Frage von selbst: „Braucht man das Papier, um die Forderung pfänden zu können?" Weiter ist aber auch klar, daß ein Pfändungsbeschluß des Gerichtes gar keinen Zweck haben kann; denn mit der Zustellung des Beschlusses wird bei Fernbleiben des Papieres keinerlei Wirkung erzielt. Darum erfolgt die Zw. hier durch den Gerichtsvollzieher, also so wie bei körperlichen Sachen: § 808 f. Ein Pfändungsbeschluß ist nicht bloß wirkungslos, sondern auch unzulässig, er kann auch niemals zu dem Zwecke erlassen werden, um dem Schuldner die Kenntnis von der Pfändung nach § 808 Abs. III zu verschaffen; auch dies ist Sache des Gerichtsvollziehers.

Nun könnte noch ein Umstand zu Bedenken Anlaß geben, nämlich — rein äußerlich genommen — die Stellung des § 831 im Abschnitte der „Zw. in Forderungen und andere Vermögensrechte". Mit Rücksicht auf § 828 könnte man auf den Gedanken kommen, es müsse stets eine gerichtliche Handlung

[1]) Vgl. Plank, Lehrbuch Bd. II S. 686.

vorliegen, sonst könnte man von dem Beginn einer Zw. in Forderungen überhaupt nicht reden. Allein § 828 sagt nicht: „die Zw. in Forderungen" schlechthin, sondern „die gerichtlichen Handlungen, welche die Zw. in Forderungen zum Gegenstande haben", erfolgt durch das Vollstreckungsgericht. Es ist also gar nicht nötig, daß die Zw. in Forderungen gerade durch eine Tätigkeit des Gerichtes beginnt, dem Gerichte können auch Verrichtungen zufallen, welche erst nach Beginn der Zw. liegen. In der Tat trifft dies bei Zw. in Wechselforderungen u. dgl. (831) zu. Während andere Wertpapiere vom Gerichtsvollzieher zu pfänden und durch Verkauf von diesem zu verwerten sind (vgl. § 808 Abs. II, § 821), werden die vom Gerichtsvollzieher gepfändeten Papiere des § 831 durch Einziehung der Forderungen verwertet, deren Träger sie sind und diese Einziehung setzt eine Überweisung nach § 835 durch das Gericht voraus.

Nach alledem beginnt die Zw. in Forderungen aus Wechseln und anderen indossablen Papieren mit der ersten Vollstreckungstätigkeit des Gerichtsvollziehers, wie dies oben bei der Zw. in körperliche Sachen dargelegt wurde.

b) Zw. in Ansprüche auf Herausgabe oder Leistung körperlicher Sachen,

c) Zw. in sonstige Ansprüche und unkörperliche Vermögensstücke.

Stehen Ansprüche in Frage, welche die Herausgabe oder Leistung körperlicher Sachen zum Gegenstande haben (§ 846) oder andere Vermögensrechte, welche nicht Gegenstand der Zw. ins unbewegliche Vermögen sind (§ 857 Abs. 1), so beginnt die Zw. ebenfalls mit der Vollstreckungsanordnung durch das Gericht.

Ende:

Bei der Zw. in Forderungen und andere Vermögensrechte erfolgt notwendig eine Überweisung entweder zur Einziehung

oder an Zahlungsstatt. Die Überweisung, welche auch in einem Gerichtsbeschluß mit der Pfändung von Forderungen verfügt werden kann, macht die Pfändung erst praktisch, der Gläubiger kann erst hiernach die Forderung verwerten; — von einer Beendigung der Zw. mit Bewirkung der Pfändung kann sonach auch hier wieder keine Rede sein; denn damit ist dem Gläubiger nichts gedient.

Die Überweisung zur Einziehung ermächtigt den Gläubiger die gepfändete Forderung bis zu dem Betrage, für den diese als Pfand haftet, für sich einzuziehen und sich dadurch Befriedigung zu verschaffen. Der Gläubiger handelt auf grund seines eigenen Rechtes, des Pfandrechtes, nicht als Vertreter des Schuldners. Die Forderung bleibt im Vermögen des Schuldners[1]) wie die gepfändete körperliche Sache. Das Pfandrecht des Gläubigers erlischt erst — außer durch Verzicht — mit der Befriedigung des Gläubigers. Dieser kann auch noch nach der Überweisung zur Einziehung auf diese Art der Vollstreckung verzichten und zu einer anderen Art der Zw. übergehen. Gemäß § 836 Abs. III kann der Schuldner nach der Überweisung gezwungen werden die über die Forderung vorhandenen Urkunden herauszugeben. Eine Beendigung der Zw. durch Überweisung zur Einziehung ist somit nicht anzunehmen. Eine solche Beendigung tritt vielmehr erst dann ein, wenn der Gläubiger befriedigt ist.

Diese Befriedigung erfolgt durch die Leistung des Drittschuldners oder durch Vereinbarungen und Verfügungen des Gläubigers mit dem Drittschuldner, die in ihrer Wirkung der Zahlung gleichstehen, namentlich Aufrechnung mit einer Forderung des Gläubigers an den Drittschuldner.

Ein besonderer Fall liegt dann vor, wenn die gepfändete und überwiesene Forderung gegen den Gläubiger selbst gerichtet

[1]) Vgl. Hein, S. 375; die Kommentare; Falkmann, S. 370; auch RG. Bd. 63 S. 218; (vgl. auch RG. Bd. 65 S. 416 und RG. Bd. 40 S. 371.)

ist, wenn also Gläubiger und Drittschuldner eine und dieselbe Person sind. Wann ist hier der Gläubiger befriedigt bezw. — was sich damit deckt — wann ist die Zw. beendigt?

Besteht das erwähnte Verhältnis bereits zu der Zeit, wo der Gläubiger die Überweisung zur Einziehung beantragt, so ist der Gläubiger auch mit erfolgter Überweisung, d. i. mit Zustellung des Überweisungsbeschlusses an den Drittschuldner (§§ 835 Abs. III, 829 Abs. II u. III ZPO.) als befriedigt anzusehen. Einer besonderen Erklärung des Gläubigers durch Konfusion befriedigt zu sein, bedarf es doch wohl nicht[1]). Wollte man eine solche Erklärung überhaupt verlangen, so müßte jedenfalls angenommen werden, daß sie bereits implicite in dem Antrag auf Überweisung enthalten ist; denn damit gibt der Gläubiger unzweideutig kund, daß er sich aus der Forderung befriedigen will, sobald er die Ermächtigung dazu hat. Hier noch die Möglichkeit eines Verzichtes nach erfolgter Überweisung zuzulassen, widerspricht sich gewissermaßen selbst und hieße wohl auch dem Gläubiger auf Kosten des Schuldners allzusehr nachgeben.

M. E. bedarf es einer besonderen Erklärung aber auch dann nicht, wenn erst nach der Überweisung zur Einziehung Gläubiger und Drittschuldner eine Person werden. Die Überweisung ermächtigt nicht nur den Gläubiger zur Einziehung, sie legt ihm auch, wenn nicht ausdrücklich, so doch stillschweigend, die Verpflichtung auf, ohne Verzug diese Einziehung zu betreiben[2]). Tritt nun eine Konfusion der genannten Art ein, so ist damit von selbst tatsächlich ein Ergebnis dieser Einziehung vorhanden, welches ohne weiteres die Befriedigung des Gläubigers bewirkt[3]). Die Zw. hat eine Befriedigung des Gläubigers zum Ziele, sie hat nicht den Zweck, dem Gläubiger etwa bares Geld oder dergl. zu verschaffen. Nun würde es aber geradezu gegen

[1]) Vgl. aber Gaupp-Stein, § 835 Anm. IV, 1 b.
[2]) Vgl. Hein, S. 383.
[3]) Vgl. auch Plank, Lehrbuch Bd. II S. 688; § 175, IV.

die guten Sitten verstoßen, wollte der Gläubiger jetzt, nachdem die Konfusion vorhanden und er gewissermaßen von selbst befriedigt ist, auf einmal diese von selbst gegebene Befriedigung ablehnen und auf andere Weise die Zw. betreiben. Eine solche Befugnis muß dem Gläubiger abgesprochen werden. Es wird mit Rücksicht darauf anzunehmen sein, daß die Zw. mit der eingetretenen Konfusion, sofern dadurch der Gläubiger in der Höhe seines Pfandrechtes befriedigt ist, für beendet angesehen werden muß.

Eine Forderung kann, wenn sie Geldforderung ist und nicht ein Fall des § 839 oder § 851 Abs. II vorliegt, auch — nach Wahl des Gläubigers — dem Gläubiger an Zahlungsstatt zum Nennwerte überwiesen werden und zwar mit der Wirkung, daß der Gläubiger wegen seiner Forderung als befriedigt anzusehen ist, soweit die überwiesene Forderung besteht. (§ 835 Abs. I u. II.) Diese Form der Überweisung hat die Wirkung einer Abtretung, sie macht den Gläubiger zum Forderungsberechtigten, der Schuldner verliert sein Forderungsrecht, die Forderung scheidet aus dem Vermögen des Schuldners endgültig aus und geht mit allen Nebenrechten auf den Gläubiger über. Besteht die überwiesene Forderung, so erlischt der Anspruch des Gläubigers, dieser gilt als befriedigt und zwar gleichgültig, ob der Gläubiger vom Drittschuldner Zahlung erhält oder nicht, ob der Drittschuldner zahlungsfähig ist oder nicht, m. a. W. ohne Rücksicht darauf, ob der Gläubiger von der Überweisung tatsächlich einen Nutzen hat oder nicht. Auch kann sich der Gläubiger nicht mehr an den Schuldner halten, wenn er vom Drittschuldner nichts erlangt. Der Gläubiger hat den Überweisungsbeschluß dem Drittschuldner zustellen zu lassen und mit dieser Zustellung tritt die in § 835 Abs. II genannte Wirkung ein. (Vgl. § 835 Abs. III mit § 829 Abs. II u. III.) Die Zw. ist hiernach mit der Zustellung des Beschlusses, der die Überweisung an Zahlungsstatt zum Nennwerte ausspricht, an den Drittschuldner beendet. Fehlt ein Drittschuldner, so ist der Zeitpunkt maßgebend, in welchem

dem Schuldner das Gebot, sich jeder Verfügung über das Recht zu enthalten, auf Betreiben des Gläubigers zugestellt wird. (§§ 857 Abs. II, 835 Abs. III, 829 Abs. III.)

Eine Beendigung der Zw. ist auch dann anzunehmen, wenn eine Forderung überwiesen wird, die in Wirklichkeit nicht besteht. Eine Forderung geht natürlich hier nicht auf den Gläubiger über, der Gläubiger hat sein Ziel somit nicht erreicht, er ist nicht befriedigt. Jedenfalls steht aber zugleich auch fest, daß mit einer Zw. in diese nicht bestehende Forderung überhaupt nichts zu erreichen ist. Der Gläubiger kann eine neue Zw. beginnen oder betreiben, da steht nichts im Wege, mit dieser — eben betriebenen — Zw. aber kann er nichts mehr anfangen, sie ist beendet. —

Die Ansicht einzelner, wonach die Zw. bei Überweisung an Zahlungsstatt ebenfalls erst mit der Befriedigung des Gläubigers endet, ist abzulehnen[1]).

Reichsgericht Bd. 40 Seite 371 läßt die Frage ausdrücklich unbeantwortet, dagegen heißt es in Jur. Woch. 1896 S. 57: „Die Erledigung der Vollstreckung würde dann vorliegen, wenn dem Gläubiger die gepfändeten Forderungen an Zahlungsstatt überwiesen wären; die hier geschehene Überweisung zur Einziehung beendet sie nicht."

Im einzelnen wäre zu sagen:

a) Die Zw. in Geldforderungen ist naturgemäß dann beendet, wenn dem Gläubiger der Betrag seiner Forderung ausgehändigt ist: So bei der Überweisung zur Einziehung. Vgl. im übrigen oben. Bezüglich der Überweisung an Zahlungsstatt zum Nennwerte vgl. ebenfalls oben.

Ganz dasselbe gilt bei Forderungen aus Wechseln und anderen indossablen Papieren des § 831.

[1]) Vgl. a. M.: W. A. Müller S. 73; Falkmann S. 370; Wilm. Lev. § 690 alter Zählung, Anm. 6; Frommhold, Widerspruchsklage S. 260 f.

b) α. Bei einer Zw. in Ansprüche, welche die Herausgabe oder Leistung von beweglichen Sachen zum Gegenstande haben, ist nur eine Überweisung des Anspruches zur Einziehung zulässig. Die Sache ist an einen vom Gläubiger zu beauftragenden Gerichtsvollzieher herauszugeben. §§ 846, 847 Abs. I, 849. Mit der Herausgabe der Sache an den Gerichtsvollzieher ist für den Gläubiger endgültig noch nichts bezweckt, der Gläubiger hat damit sein Ziel noch nicht erreicht. Das Verfahren, welches die Verwertung dieser Sachen zum Gegenstande hat, gehört vielmehr noch zur Zw., die Zw. ist also in diesen Fällen erst mit der Ablieferung des Erlöses an den Gläubiger beendet. § 847 Abs. II. (Vgl. die Zw. in körperliche Sachen, oben Seite 28 u. vorh.!)

β. Handelt es sich dagegen um einen Anspruch, welcher eine unbewegliche Sache betrifft (§ 848), so ist die Zw. in den Herausgabeanspruch mit der Herausgabe an einen Sequester bezw. beim Anspruch auf Eigentumsübertragung mit der Übertragung des Eigentums an den Sequester als beendet anzusehen. Das Recht des Gläubigers ist — bei Herausgabe — auf die Herausgabe an den Sequester beschränkt; mehr kann er nicht fordern. Geht der Anspruch auf Eigentumsübertragung, so entsteht im Augenblicke des Eigentumsüberganges kraft Gesetzes für den Gläubiger eine Sicherungshypothek ohne die Beschränkung des § 866; der Sequester hat die Eintragung dieser Sicherungshypothek zu bewilligen (§ 848 Abs. II). Die Anspruchspfändung ist damit erledigt. § 848 Abs. III bestimmt ausdrücklich, abweichend von § 847 Abs. II, daß nicht unmittelbar anschließend eine „Verwertung" stattfinden soll, sondern daß „die Zw. in die herauszugebende Sache nach den für die Zw. in unbewegliche Sachen geltenden Vorschriften bewirkt wird." Es handelt sich hier nicht um ein bloßes Anhängeverfahren, um eine einfache Fortsetzung einer Zw. wie bei § 847 Abs. II, sondern um eine neue selbständige Zw., die ohne Rücksicht auf die vorangegangene Anspruchspfändung

mit der Beschlagnahme einsetzen und nicht vom Sequester, sondern vom Gläubiger eigens betrieben werden muß[1]).

c) Stehen „andere Vermögensrechte" nach § 857 Abs. I in Frage, so ergibt sich in analoger Weise als Ende der Zw. derjenige Zeitpunkt, in welchem der Erlös aus der Verwertung der Rechte dem Gläubiger ausgehändigt wird. Was nun diese Verwertung anlangt, so ist zu sagen (vgl. auch § 857!):

Regelmäßig wird eine Überweisung zur Einziehung stattfinden. Wenn der Gläubiger durch die Einziehung dann mittelbar oder unmittelbar zu seinem Gelde gelangt, so ist damit die Zw. beendet.

Soweit eine Überweisung an Zahlungsstatt überhaupt möglich ist, wird die Zw. mit der Wirksamkeit des Überweisungsbeschlusses beendet.

Handelt es sich um unveräußerliche, nur der Ausübung nach übertragbare Rechte, so kann das Gericht besondere Anordnungen treffen, insbesondere bei Nutzungsrechten eine Verwaltung anordnen. § 857 Abs. IV. Die Beendigung der Zw. tritt hier erst mit der Befriedigung des Gläubigers ein, nicht etwa schon mit einer Aufhebung der Verwaltung durch das Gericht; das Gericht kann jederzeit von Neuem eine Fortsetzung der Verwaltung bis zur Befriedigung des Gläubigers anordnen.

Veräußerliche Rechte können auch auf Anordnung des Gerichtes veräußert werden (§ 857 Abs. V mit § 844); die Aushändigung des Erlöses beendet die Zw.

Die Pfändung des Anteiles eines Gesellschafters an dem Gesellschaftsvermögen (§ 859 Abs. I), des Anteiles eines Erben an dem Nachlaß (§ 859 Abs II) führt, wenn auch nicht unmittelbar, wohl aber mittelbar auf dem Wege der Kündigung, Auseinandersetzung zur Gläubiger-Befriedigung und so zum Ende der Zw.

---

[1]) Vgl. Gaupp-Stein § 848, Anm. IV; Seuffert § 848, Anm. 3; Hein § 279 f.).

III. Verteilungsverfahren.

(Vgl. auch oben S. 30 f.!)

Ist bei der Zw. ins bewegliche Vermögen ein Geldbetrag hinterlegt, welcher zur vollen Befriedigung der beteiligten Gläubiger nicht hinreicht (§§ 805 Abs. IV, 827 Abs. II u. III, 853, 854 Abs. II u. III, 858 Abs. IV ZPO.), so tritt das Verteilungsverfahren nach §§ 872 ff. ZPO. ein. Eine Hinterlegung beendet die Zw. nicht, das wurde schon oben dargelegt. Das Verteilungsverfahren schließt sich unmittelbar an den vorausgegangenen Teil der Zw. an, wird von Amtswegen durchgeführt und stellt sich nach seinem ganzen Wesen als eine Fortsetzung der Zw. dar. Es ist leicht ersichtlich, aus welchen Gründen besondere Vorschriften hierfür erforderlich waren. „Weder dem Gerichtsvollzieher noch dem Drittschuldner darf man die Übernahme der Gefahr bei Verteilung der durch die Zw. erzielten Geldbeträge unter mehrere beteiligte Gläubiger zumuten; denn . . . beide haben kein Interesse an dem Betrieb des Verteilungsverfahrens und daher nur die Pflicht zur Anzeige der Sachlage bei Hinterlegung der zu verteilenden Summe. Von diesem Momente ab ist das Verteilungsverfahren von Amtswegen einzuleiten und zu betreiben[1]." Dieses Verfahren muß also notwendigerweise durchgeführt werden ohne Rücksicht darauf, ob vielleicht der eine oder andere Gläubiger dagegen ist, und endet erst mit der Ausführung des Teilungsplanes (§ 876); hiermit ist dann auch die Zw. beendigt. Freilich können die Gläubiger sich jederzeit außergerichtlich einigen, nach dieser Einigung die Teilung vornehmen und so die Zw. zu Ende bringen, ohne daß es zu einem gerichtlichen Verteilungsverfahren überhaupt kommt oder ein bereits anhängiges Verteilungsverfahren vollends durchgeführt wird. Einigen sich die Gläubiger aber nur über einen Teil des Erlöses, so muß bezüglich des Restes ein Verteilungsverfahren stattfinden und erst mit dessen Abschluß tritt dann ein Ende der Zw. ein.

[1]) Begr. zur ZPO. S. 439.

B. Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen in das unbewegliche Vermögen.

Die Zw. in ein Grundstück und in eine Berechtigung, für welche die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften gelten (BGB. § 1017 Abs. I; EG. zum BGB. Art. 63 und 68), erfolgt:

a) durch Eintragung einer Sicherungshypothek für die Forderung, vorausgesetzt daß diese den Betrag von 300 ℳ übersteigt,
b) durch Zwangsversteigerung,
c) durch Zwangsverwaltung

und zwar können diese Maßregeln nach Wahl des Gläubigers entweder allein oder neben den übrigen ausgeführt werden. §§ 866, 864, 870 ZPO.

Natürlich gilt auch hierbei das, was von den Voraussetzungen zum Beginn der Zw. überhaupt gesagt wurde. Das Gesetz betr. die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung vom 24. März 1897 ist ja so zu lesen, wie wenn es ein Bestandteil der Zivilprozeßordnung wäre[1]).

I. Zw. durch Eintragung einer Sicherungshypothek.

Der Antrag des Gläubigers auf Eintragung einer Zwangshypothek in das Grundbuch bedeutet natürlich keinen Vollstreckungsbeginn, ebensowenig wie sonst dem Antrag des Gläubigers auf Vornahme einer Vollstreckung eine solche Bedeutung beigelegt werden kann.

Der Antrag des Gläubigers ist unmittelbar an das Grundbuchamt zu richten; eine Vermittlung des Vollstreckungsgerichtes findet nicht statt. Der Grundbuchbeamte ordnet die Eintragung der Sicherungshypothek an, wenn die nötigen Voraussetzungen

[1]) Vgl. § 869 ZPO.; Motive zum Entwurf I u. II des Zwangsversteigerungsgesetzes (Entw. I, bes. S. 72); Jur. Woch. 09 S. 252 und alle Kommentare.

für den Beginn der Zw., für eine Grundbucheintragung im allgemeinen und für die Eintragung einer Zwangshypothek im besonderen gegeben sind. Diese Anordnung des Grundbuchbeamten kann wohl eine schriftliche Verfügung sein, notwendig ist eine solche aber keinesfalls; die Anordnung kann auch mündlich sein, ja sie kann sogar stillschweigend durch konkludentes Handeln erfolgen[1]); es braucht also nur ersichtlich zu werden, daß der Grundbuchbeamte die Eintragung billigt. Mit einer solchen Anordnung hat auch die Zw. begonnen.

Das ist nahezu unbestritten. —

Was das Ende der Zw. im Falle der Eintragung einer Zwangshypothek betrifft, so ist folgendes hervorzuheben:

Gaupp-Stein sagt in seinem Kommentar zur ZPO. Anm. III, 7 zu § 760:

„Mit der Eintragung (einer Sicherungshypothek) endet die Zw. weder als Ganzes noch als einzelne Vollstreckungsmaßregel; denn der Gläubiger erhält dadurch keine Befriedigung, sondern nur eine Sicherung, die, solange sie besteht, nach § 868 dem Schicksal der Vollstreckungsmaßregel unterworfen bleibt."

Das klingt zunächst recht überzeugend, allein es ist m. E. trotzdem anzuzweifeln.

Die Eintragung einer Sicherungshypothek besteht als eine selbständige Art der Zw. neben der Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung. Das ergeben mit voller Deutlichkeit die §§ 866 und 869. Außerdem lassen die Begründung der Novelle zur Zivilprozeßordnung vom Jahre 1898, S. 182 ff., die Kommissionsberichte zur genannten Novelle S. 212 ff. sowie die Verhandlungen bei der zweiten Plenarberatung der genannten Novelle S. 2141 ff. (bei Hahn, S. 165 f.; 421 ff.; 520 ff.) hierüber keinen Zweifel. So ist wiederholt ausgesprochen: „Neben der Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung . . . läßt der Entwurf (§ 757 b, Abs. I — jetzt § 866 Abs. 1) als weitere Maßregel

[1]) Vgl. Henle-Schmitt, GBO. § 45, Anm. 3.

der Zw. in ein Grundstück die Eintragung einer Sicherungshypothek zu." „Der Gläubiger kann verlangen, daß jede der zulässigen Vollstreckungsmaßregeln, Eintragung einer Sicherungshypothek, Zwangsversteigerung, Zwangsverwaltung, allein oder neben den übrigen ausgeführt werde. Diese Befugnis rechtfertigt sich durch die verschiedene Bedeutung, welche die einzelnen Maßregeln haben und entspricht auch den sonst für die Zw. geltenden Vorschriften der ZPO.[1])."

Mit dieser selbständigen Zwangsvollstreckungsmaßregel wird ohne weiteres eine Befriedigung des Gläubigers allerdings nicht erreicht, sondern bloß eine Sicherung des Gläubigers. Aber das gerade ist ja der Zweck dieser Vollstreckungsart. „Sie gibt dem Gläubiger in dem Falle, daß er zu schonender Behandlung des Schuldners geneigt ist, die Möglichkeit, diese Schonung ohne Gefährdung seiner eigenen Interessen zu üben"; denn „es gewährt eine solche Hypothek dem Gläubiger, welcher von der Durchführung der Zwangsversteigerung zunächst absehen will, ausreichende Sicherheit". (Begr.) Der Gläubiger kann und muß sich von Anfang an bewußt sein, daß er bei Wahl dieser Vollstreckungsart eben keine Befriedigung, sondern zunächst weiter nichts als eine Sicherung erreicht. Vielfach wird der Gläubiger anfänglich ganz und gar nicht daran denken eine Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung zu betreiben und wählt gerade deshalb diese Art der Zw. Tatsächlich werden in den meisten Fällen, wenn einmal eine Zwangshypothek eingetragen ist, Jahre lang keine weiteren Schritte unternommen, oft wird eine Versteigerung oder Verwaltung überhaupt niemals betrieben. Es ist aber doch unnatürlich anzunehmen — noch dazu wenn man, wie hier, von vornherein schon mit größter Wahrscheinlichkeit damit rechnen muß —, daß eine und dieselbe Art der Zw. so lange Zeit anhängig bleibt, vielleicht nie zu Ende kommt oder mindestens lange unentschieden ist, ob bezw. wodurch sie ein Ende findet.

[1]) Begr. z. Nov. 1898. S. 183.

Man muß daher wohl sagen: die Zw. in ein Grundstück durch Eintragung einer Sicherungshypothek endet mit der Eintragung dieser Hypothek.

Dabei wird keineswegs verkannt, daß dieses Ergebnis merkwürdig erscheinen mag. Allein diese Art der Zw. ist eben „ein anormales Rechtsinstitut" (Komm.-Ber.) und selbst wenn man dem Ganzen ein wenig Gewalt antut, wird es kaum glücken, dieses Gebilde theoretisch einwandfrei in das sonstige Gefüge unserer Zw. einzugliedern; denn oberste Regel und letzter Zweck für die Zw. ist doch sonst, eine Befriedigung des Gläubigers herbeizuführen, nicht eine bloße Sicherung.

Die Frage nach dem Ende der Zw. bei Eintragung einer Sicherungshypothek ist in der Literatur noch nicht geklärt. Andere Meinung wie hier z. B. außer Gaupp-Stein auch Seuffert: § 767, Anm. 6, a, γ a. E.; Freudenthal: § 771, Anm. 6, γ.

Die Rechtsprechung verhält sich schwankend. Andere Meinung wie hier z. B. Rspr. der Oberlandesger. Bd. 4 S. 144 (Seufferts Archiv, Bd. 57 Nr. 184); Bd. 18 S. 404. So wie hier z. B. Rspr. Bd. 15 S. 56, insbes. neuerdings Rspr. Bd. 22 S. 366 (Oberlandesgericht Königsberg, II. Z. S., Urteil vom 8. III. 1911).

II. Zwangsversteigerung.

Nach dem Zw.V.G. gehört diese Art der Vollstreckung zur Zuständigkeit der Gerichte (§ 1 Zw.V.G.).

Der Beginn der Vollstreckung ist gegeben mit der ersten Vollstreckungstätigkeit des Gerichtes, also mit dem Beschlusse des Gerichtes, der die Zwangsversteigerung anordnet, nicht erst mit der Zustellung dieser Anordnung an den Schuldner. Das beweisen die §§ 15, 16, 17 Zw.V.G.; insbesondere müssen alle für den Beginn nötigen Voraussetzungen vorhanden sein, damit der Beschluß überhaupt erlassen werden kann (§ 16!). (Vgl. auch

bezüglich des Verhältnisses von Beschluß und Zustellung ꝛc. die Ausführungen oben bei der Zw. in Forderungen; o. S. 32 ff.!)[1])

Wie bei der Zw. in das bewegliche Vermögen gehört natürlich auch bei der Zwangsversteigerung das Verteilungsverfahren noch zur Zw.; diese findet erst mit der Ausführung des Teilungsplanes ihr Ende (§ 130 Zw.V.G.). Was hernach noch kommt: Ersuchen an das Grundbuchamt um die verschiedenen Einträge (§ 130!) oder gar diese Eintragungen ins Grundbuch selbst, gehört nicht mehr zur Vollstreckung. Die Rechtskraft des Zuschlagsbeschlusses ist für das Ende der Zw. gleichgültig. Durch die Soll-Vorschriften des § 108 Abs. II und § 116 Zw.V.G. kann allerdings das Ende des Verteilungsverfahrens, d. i. die Ausführung des Teilungsplanes bis nach dem Eintritte der Rechtskraft des Zuschlagsbeschlusses verschoben werden. Abgesehen jedoch von diesen Soll-Vorschriften hat eine etwaige Beschwerde gegen einen Zuschlagsbeschluß keine aufschiebende Wirkung, hält daher das Verteilungsverfahren nicht auf und schiebt das Ende der Zw. nicht hinaus. Freilich kann — nicht muß — auch nach § 572 Abs. II u. III ZPO. sowohl von dem Vollstreckungsgerichte selbst wie von dem Beschwerdegerichte die Vollziehung der angefochtenen Entscheidung und damit das Verteilungsverfahren ausgesetzt werden. Von dieser Befugnis wird praktisch wohl sehr reichlich Gebrauch gemacht. Allein denkbar und theoretisch einwandfrei, wenn auch praktisch sehr unwahrscheinlich, ist folgende Sachlage: Der Teilungsplan ist ausgeführt; der Zuschlagsbeschluß ist noch nicht rechtskräftig, wird auf Beschwerde hin aufgehoben (§ 101 Abs. 1 Zw.V.G.) und vom Beschwerdegericht wird anderweitig entschieden. Der Ersteher befindet sich nun in einer recht üblen

[1]) Vgl. auch Motive zum Entwurf I eines Gesetzes betr. die Zw. in das unbewegliche Vermögen S. 126, 127; Denkschrift zum Entwurf eines Gesetzes über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung S. 38; ferner die Kommentare: Steiner, v. d. Pfordten bei den gen. Paragraphen; auch Kretzschmar, Reichsgesetz über die Zw.-Verst. und Zw.-Verw.

Lage: es wird ihm durch die Aufhebung des Zuschlages das Grundstück wieder entzogen, sein Bargebot ist verteilt und es bleibt ihm nichts übrig als wegen des verteilten Bargebotes einen Anspruch gegen die einzelnen Empfänger, wenn nötig im Prozeßwege, geltend zu machen. Die Tätigkeit des Gerichtes ist beendet und wird nicht wieder aufgenommen, — ein sicherer Beweis dafür, daß mit der Ausführung des Teilungsplanes die Zwangsversteigerung beendet ist ohne Rücksicht auf die eingetretene oder noch fehlende Rechtskraft des Zuschlagsbeschlusses.

III. Zwangsverwaltung.

Gemäß § 146 Zw.V.G. finden die Vorschriften über die Anordnung der Zwangsversteigerung auf die Anordnung der Zwangsverwaltung entsprechende Anwendung. Demnach ist auch der Beginn dieser Zw.-Art mit Erlaß des Beschlusses, der die Zwangsverwaltung anordnet, gegeben.

Für das Ende der Zw. in das unbewegliche Vermögen durch Zwangsverwaltung ist ausschlaggebend der § 161 Abs. I Zw.V.G. Die Zwangsverwaltung endigt also mit dem formellen Aufhebungsbeschluß durch das Vollstreckungsgericht. Die Beendigung der Zwangsverwaltung tritt sonach nie von selbst ein, sondern sie setzt immer einen solchen Beschluß voraus, insbesondere auch dann, wenn eine Anordnung des Prozeßgerichtes auf Aufhebung des Verfahrens vorliegt oder wenn das Grundstück schon zwangsweise versteigert ist[1]).

[1]) Vgl. z. B. Gruchot Bd. 32 S. 379: Rspr. Bd. 5 S. 536 u. s. f. Kretzschmar S. 306; Henle, Zw.V.G. Anm. 1 zu § 161; Steiner, v. d. Pfordten ꝛc.; Motive zum Entw. I, S. 337.

Zweiter Abschnitt.

Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der Herausgabe von Sachen und zur Erwirkung von Handlungen und Unterlassungen.

I. Herausgabe von Sachen.

Beginn.

Hat der Schuldner eine bewegliche Sache oder von bestimmten beweglichen Sachen eine Quantität herauszugeben oder eine bestimmte Quantität vertretbarer Sachen oder Wertpapiere zu leisten und hat der Schuldner die Sachen selber in Gewahrsam, so hat der Gerichtsvollzieher die Wegnahme zu betätigen. §§ 883 Abs. I, 884 ZPO. Der Beginn der Zw. liegt hier in der ersten Vollstreckungstätigkeit, welche der Gerichtsvollzieher zum Zwecke der Wegnahme vornimmt.

Die obigen Ausführungen beim Beginn der Zw. wegen Geldforderungen in bewegliche Sachen treffen entsprechend auch hier zu.

Für die Herausgabe von Kindern und unselbständigen Personen sind keine besonderen Vorschriften gegeben, es finden daher die Bestimmungen über die Herausgabe beweglicher Sachen entsprechende Anwendung[1]).

Hat der Schuldner eine unbewegliche Sache (oder ein bewohntes Schiff) herauszugeben, zu überlassen oder zu räumen (§ 885 ZPO.), so beginnt die Zw. wieder mit der ersten Tätigkeit des Gerichtsvollziehers, welche eine Vollstreckungshandlung enthält. S. oben!

---

[1]) Vgl. § 81, Preußische Gesch.-Anweisung für Gerichtsvollz.; § 175, Bayerische Gesch.-Anw. für Gerichtsvollzieher.

Ende.

Die Zw. zur Erwirkung der Herausgabe von Sachen ꝛc. (§§ 883, 884) endigt nicht schon mit Wegnahme, sondern erst mit der Ablieferung der Sachen an den Gläubiger. Auch die Bestimmung des § 897 steht dem nicht entgegen.

Zur näheren Begründung wird hier auf die obigen Ausführungen über das Ende der Zw. wegen Geldforderungen in bewegliche körperliche Sachen verwiesen.

Ist im Falle des § 884 — Verpflichtung des Schuldners zur Leistung einer bestimmten Quantität vertretbarer Sachen oder Wertpapiere — die Wegnahmetätigkeit gemäß §§ 884, 883 Abs. I ohne Erfolg geblieben, so ist die Zw. erschöpft und damit beendet; denn es bleibt dem Gläubiger hier nurmehr die Möglichkeit auf das Interesse zu klagen gemäß § 893 ZPO.

Hat der Schuldner eine unbewegliche Sache (oder ein bewohntes Schiff) herauszugeben, zu überlassen oder zu räumen (§ 885), so ist die Zw. beendigt, sobald der Gerichtsvollzieher den Besitz des Gläubigers hergestellt, den Gläubiger in den Besitz eingewiesen hat (§ 885 Abs. I); denn damit ist der Zweck der Zw. erreicht. Erzwingung des Offenbarungseides ist im Falle des § 885 ebenso wie bei § 884 ausgeschlossen.

Befindet sich die herauszugebende bewegliche oder unbewegliche Sache im Gewahrsam eines Dritten, so ist eine unmittelbare Zw. gegen den Dritten regelmäßig unzulässig; der Gläubiger muß den Anspruch seines Schuldners gegen den Dritten pfänden und sich zur Einziehung überweisen lassen. Über Beginn und Ende der Zw. ist dann dasselbe zu sagen wie bei der Zw. in Geldforderungen (S. S. 32 ff.!). Es ist jedoch hervorzuheben: Unstatthaft ist eine Überweisung an Zahlungsstatt, möglich ist nur eine Überweisung zur Einziehung. Da ferner der Gläubiger keine Befriedigung wegen einer Geldforderung, sondern die Sache selbst haben will, hat es naturgemäß keinen Sinn die Sache in Geld umsetzen zu wollen gemäß §§ 847, 848; ebensowenig muß die Sache zuerst an den

Gerichtsvollzieher oder Sequester herausgegeben werden; die Zw. endigt demnach mit der Herausgabe der Sache an den Gläubiger, welcher ja damit befriedigt ist.

Scheinbar abweichend von der Regel kann zuweilen doch gegen den Dritten unmittelbar die Zw. betrieben werden, nämlich dann, wenn nach §§ 727, 325 ZPO. eine vollstreckbare Ausfertigung gegen den Dritten erteilt werden kann. Allein der Besitzer der Sache ist dann nicht mehr „Dritter" im Sinne des § 886 ZPO., sondern Vollstreckungsschuldner und damit ist wieder Beginn und Ende der Zw. vollkommen regelmäßig gegeben wie bei § 883.

Noch sei erwähnt: § 886 kann nicht angewendet werden auf die Leistung vertretbarer beweglicher Sachen nach § 884, wie der Wortlaut dieser beiden Paragraphen mit Sicherheit erkennen läßt. Für den Fall, daß der Schuldner nicht-vertretbare Sachen und Wertpapiere zu leisten hat, ist überhaupt keine Zw. vorgesehen, dem Gläubiger bleibt hier nur die Möglichkeit auf das Interesse zu klagen gemäß § 893.

II. Erwirkung von Handlungen.

a) Vertretbare Handlungen.

Soll eine Zw. zur Erwirkung einer vertretbaren Handlung erfolgen — vertretbar, wenn die Handlung durch einen Dritten vorgenommen werden kann —, so beginnt die Zw. mit der vom Prozeßgericht erster Instanz auf Antrag des Gläubigers erlassenen Ermächtigung, auf Kosten des Schuldners an dessen Stelle die Handlung vornehmen zu lassen. In das Urteil gehört diese Ermächtigung nicht[1]), vielmehr setzt der Erlaß dieser Ermächtigung voraus, daß die sämtlichen Voraussetzungen zum Beginn der Zw. überhaupt nachgewiesen sind, außerdem aber muß auch – als besondere Vorbedingung — feststehen,

[1]) Vgl. RG. Bd. 18 S. 360; Bd. 34 S. 173; Gaupp-Stein zu § 887 u. f. w.

daß der Schuldner nicht erfüllen werde; die Beweislast hierfür trifft den Gläubiger[1]).

Der Schuldner muß es sich gefallen lassen, daß statt seiner ein anderer die Handlung vornimmt und er hat die Kosten dafür vorzuschießen. Darin besteht das Wesen der Zw. aus § 887[2]). Hieraus ist zu folgern: Die Ermächtigung des Gläubigers durch das Gericht ist die erste Vollstreckungshandlung, deren Erlaß, nicht deren Zustellung (vgl. oben S. 32 ff.!) den Beginn der Zw. darstellt.

Ebensowenig aber wie bei der Pfändung von Forderungen und anderen Vermögensrechten die Überweisung zur Einziehung das Ende der Zw. bedeutet, ebensowenig kann der Erlaß dieser Ermächtigung die Zw. des § 887 beendigen, es gehört vielmehr das weitere Verfahren notwendig zur Zw., wo nämlich der Gläubiger wirklich die Handlung an Stelle des Schuldners vornehmen läßt und dieser solches dulden muß. Eine Beendigung der Zw. ist erst gegeben, wenn die Zw.-Maßregeln vollzogen sind, d. i. regelmäßig dann, wenn der Gläubiger befriedigt, wenn also die Handlung geschehen ist.

b) Unvertretbare Handlungen.

Die Zivilprozeßordnung hält als Ziel der Zw. überall die wirkliche Erfüllung des Urteiles fest. Sie stellt als Regel unmittelbaren Zwang auf: Der Staat verschafft dem Gläubiger ohne Vermittlung des Willens des Schuldners den Erfolg, auf dessen Herstellung der Gläubiger dem Schuldner gegenüber Anspruch hat. Nur da, wo nach der Natur des zu vollstreckenden Anspruches ein solcher unmittelbarer Zwang nicht möglich ist, wo sich also der Anspruch des Gläubigers ohne Einwirkung auf den Willen des Schuldners nicht befriedigen läßt, darf nach der Zivilprozeßordnung ein mittelbarer Zwang angewendet werden.

---

[1]) Vgl. Entsch. der Oberlandesgerichte Bd. 2 S. 128; RG. Bd. 23 S. 365 ff.; Bd. 26 S. 394.

[2]) Vgl. auch Hein bei § 887.

Es ist dies dann der Fall, wenn der Schuldner eine unvertretbare Handlung vornehmen oder wenn er eine Handlung unterlassen oder die Vornahme einer Handlung dulden soll. —

Die Zw. zur Erwirkung von unvertretbaren Handlungen, — die also von einem Dritten nicht vorgenommen werden können — regelt § 888. Abgesehen von den besonderen Ausnahmen des § 888 Abs. II findet § 888 nur Anwendung, wenn die unvertretbare Handlung ausschließlich vom Willen des Schuldners abhängt; ist dies nicht der Fall oder nicht mehr der Fall, so ist eine direkte Zw. überhaupt nicht zulässig, es bleibt nur die Interessenforderung gemäß § 893.

Ob es notwendig ist, im Falle des § 888 eine besondere gerichtliche Strafandrohung überhaupt auszusprechen, kann hier unerörtert bleiben, jedenfalls gibt der Wortlaut des § 888 einen sicheren Anhalt dafür, daß eine solche Androhung möglich und zulässig ist. Aus dem Wortlaut geht des weiteren hervor, daß es nicht Aufgabe des Staates, also des Gerichtes ist, die Geldstrafen beizutreiben, sondern, daß es Sache des Gläubigers ist, dies ausführen zu lassen[1]). Es handelt sich um keine eigentliche Strafe wie z. B. bei § 890 ZPO., sondern lediglich um Zwangsmittel zur Willensbeugung des Schuldners. Erfolgt sonach auf Antrag des Gläubigers eine gerichtliche Strafandrohung und zwar sachgemäß eine solche, die nicht in das Urteil aufgenommen ist und wird später erst die Strafe festgesetzt, so liegt der Beginn der Zw. bereits in dem Erlaß der Strafandrohung. Der Zweck dieser Strafandrohung ist darauf gerichtet, dem Gläubiger ein Mittel an die Hand zu geben, den Schuldner zur Vornahme der Handlung „anzuhalten". Das ist aber keine Vorbereitung der Zw. mehr, sondern selbst schon eine Zwangsvollstreckungsmaßregel, die einen Druck auf den Willen des Schuldners ausüben soll und die ein Urteil voraussetzt, wodurch dem Schuldner die Verpflichtung zur Vornahme

[1]) Vgl. auch RG. Bd. 53 S. 181; Entsch. d. Oberlandesger. Bd. 17 S. 199.

der Handlung auferlegt worden ist. Gegen die Strafandrohung findet nach § 793 Beschwerde statt. Die Strafandrohung kann als Vollstreckungsmaßregel — wie erwähnt — nicht in das Urteil aufgenommen werden (im Gegensatz zu den Fällen des § 890 ꝛc.)[1]).

Liegt der Beginn der Zw. des § 888 im Erlaß der Strafandrohung bezw. wenn eine solche nicht stattfindet, in der Festsetzung der Strafe, so ist ein Ende der Zw. dann gegeben, wenn der Erfolg des Erfüllungszwanges eintritt, der Schuldner also die geforderte Handlung vornimmt. Da aber die Zw. des § 888 nicht direkt auf Herbeiführung dieses Erfolges gerichtet ist, sondern nur einen Zwang auf den Schuldner ausüben soll und kann, um diesen zum Herbeiführen des gewollten Erfolges zu bewegen, findet diese Art der Zw. naturgemäß auch dann ihr Ende, wenn die Möglichkeit aufhört den Schuldner weiterhin zu zwingen, d. i. also mit dem Vollzuge der Zw.-Maßregeln und der Erschöpfung der Strafmöglichkeit. —

Die Verpflichtung zur Leistung des Offenbarungseides ergibt sich entweder aus den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes oder aus Vorschriften des Prozeßrechtes. Das Verfahren ist in beiden Fällen verschieden; den ersten Fall regelt § 889 ZPO., den zweiten die §§ 899 ff. ZPO. Hier soll zunächst der Offenbarungseid des bürgerlichen Rechtes betrachtet werden. Dabei scheidet der Fall aus, daß sich der Schuldner ohne zur Eidesleistung verurteilt zu sein, freiwillig zur Eidesleistung erbietet. Für dieses Verfahren zur Abnahme des Eides sind lediglich die § 261 BGB. und § 163 mit § 79 FGG. maßgebend. Ist dagegen eine Verurteilung zur Leistung des Eides erfolgt, so ist § 889 ZPO. anzuwenden. Ein solches Urteil wird wohl regelmäßig nur erwirkt werden, wenn der

[1]) Vgl. Jur. Woch. 09 S. 24; 09 S. 732; RG. Bd. 24 S. 380; Gaupp-Stein zu § 888, Anm. II, 1; Hein S. 431; Freudenthal § 888, Anm. 7 u. v. a. — A. M. Seuffert § 888, Anm. 1, b; Kohler, Arch. f. z. Pr. Bd. 80 S. 252.

Schuldner sich nicht freiwillig zur Eidesleistung herbeiläßt und dann nur zu dem Zwecke um einen Titel zu bekommen, auf grund dessen die Eidesleistung allenfalls erzwungen werden kann. Damit ist aber nicht gesagt, daß ein solches Urteil stets ausschließlich zum Zwecke der Zw. erwirkt wird und daß alles Zw. sein muß, was auf ein solches Urteil hin von Seite des Gläubigers veranlaßt wird.

§ 889 Abs. I gibt ganz allgemein die Bestimmung: Wenn eine Verurteilung zur Leistung des Offenbarungseides vorliegt, so erfolgt die Eidesleistung vor dem Prozeßgericht erster Instanz. Es ist das eine Zweckmäßigkeitsvorschrift, die mit der Zw. an sich gar nichts zu tun hat; denn „regelmäßig wird dasjenige Gericht, welches die Verurteilung ausgesprochen hat, auch am sichersten in der Lage sein, die für die Leistung des Offenbarungseides inbetracht kommenden Verhältnisse zu übersehen[1])".

Gaupp-Stein (§ 889 Anm. II, Abs. 1) läßt eine entsprechende Anwendung des § 900 nicht zu, sondern schreibt folgenden Weg vor: Der Gläubiger stellt den Antrag, dem Schuldner den Offenbarungseid abzunehmen. Das Gericht ordnet mit Beschluß die Anberaumung eines Termines zur Abnahme des Eides an, wenn die für die Zw. nötigen Voraussetzungen vorliegen. Der Beschluß wird als „nicht verkündet" den Parteien von Amtswegen zugestellt gemäß § 329 Abs. III. Der Erlaß des Beschlusses bedeutet zugleich den Beginn der Zw.[2]).

Diese Konstruktion ist gekünstelt, auch nicht ganz einwandfrei.

Zunächst ist nicht abzusehen, warum der § 900 nicht eine „entsprechende" Anwendung finden könne. Dann ist zu beachten, daß der § 889 weiter nichts regelt als eben eine Zw. zur Erwirkung einer unvertretbaren Handlung, allerdings einer

[1]) Begr. zur Novelle von 1898, Seite 186.

[2]) So auch Freudenthal § 889 Anm. 3.

solchen ganz bestimmter Art. Als eine Voraussetzung für den Beginn der Zw. zur Erwirkung einer unvertretbaren Handlung wird man — von anderem abgesehen — auch verlangen müssen, daß die Zw. notwendig ist, insbesondere wird also zu prüfen sein, ob die Handlung seit Eintritt der Vollstreckbarkeit überhaupt vorgenommen werden konnte[1]).

Warum soll das nicht auch gelten, wenn die unvertretbare Handlung die Leistung des nach dem bürgerlichen Rechte vorgeschriebenen Offenbarungseides betrifft.

Man wird vielleicht einwenden: schon der Umstand, daß eine Verurteilung zur Eidesleistung vorliegt, ist gewissermaßen ein Beweis dafür, daß die Zw. notwendig ist; denn hätte der Schuldner freiwillig den Eid geleistet, so wäre es gar nicht zu einem Urteile gekommen. Allein es kann doch auch einmal recht zweifelhaft sein, ob eine Verpflichtung zur Eidesleistung überhaupt vorliegt. Erst durch Urteil wird dies einwandfrei festgestellt und für beide Streitsteile Klarheit geschaffen. Weiter wird man doch wohl verlangen können, daß dem Schuldner gesagt wird, an dem und dem Tage und an dem und dem Orte hast du Gelegenheit deiner Verpflichtung nachzukommen; zum mindesten wird man nicht schlechthin folgende Behauptung aufstellen können: Wenn der Schuldner vom Erlaß bezw. von der Zustellung des Urteiles ab bis zu einer derartigen Mitteilung (also bevor er eine Nachricht hat, wann er den Offenbarungseid leisten kann und soll) nicht freiwillig erscheint, dabei erklärt, er wolle den Eid leisten und bittet einen Termin anzuberaumen, so ist damit ohne weiteres klar, daß die Zw. notwendig und geboten ist. Schließlich tritt auch bei dieser Terminsbestimmung und Ladung zum Offenbarungseid nach bürgerlichem Recht, anders wie beim prozessualen Offenbarungseid, das Formale der Terminsbestimmung zunächst so in den Vordergrund, der Gedanke an einen Zwang steht dabei noch so ab-

[1]) Vgl. Gaupp-Stein § 888, Anm. I, 3 und § 887, Anm. II, 3; Hein § 25, insbesondere Seite 425 f.

seits, daß es ganz eigenartig wirkt, hierin den Beginn einer Zw. sehen zu wollen.

Die Praxis ist der Ansicht Gaupp-Steins auch nicht gefolgt.

Richtig ist wohl die Auffassung Seufferts: § 889, Anm. 2, b: „Ist das Prozeßgericht ein Landgericht, so hat der Gläubiger den Schuldner zu laden. Ist das Prozeßgericht ein Amtsgericht, so hat der Gläubiger den Antrag auf Terminsbestimmung nach § 496 Abs. II zu stellen; die Ladung der Parteien erfolgt von Amtswegen nach § 497 Abs. I u. II." Wenn dem Antrag auf Terminsbestimmung bei Ladung im Parteibetrieb und bei Ladung von Amtswegen die im § 900 Abs. I genannten Urkunden beizufügen sind, so ist das zweckmäßig und geeignet, Verwirrungen späterhin zu vermeiden, allein ein Zw.-Beginn wird damit nicht gekennzeichnet. Erst das Nichterscheinen des Schuldners im Eidestermin oder die Verweigerung des Eides hat zur Folge, daß nach § 888 zu verfahren ist. § 889 Abs. II.

Es gilt somit für den Beginn der Zw. das oben bei § 888 Gesagte. Der Beginn der Zw. liegt also im Erlaß der Strafandrohung bezw. wenn ein solcher nicht stattfindet in der Festsetzung der Strafe.

Das Ende der Zw. tritt dementsprechend ein, wenn die unvertretbare Handlung vorgenommen, also der Offenbarungseid geleistet ist bezw. wenn die Zw.-Maßregeln vollzogen und erschöpft sind.

III. Unterlassung und Duldung.

Urteile, welche den Schuldner verpflichten eine Handlung zu unterlassen oder die Vornahme einer Handlung zu dulden, sind der Regel nach einer unmittelbaren Vollstreckung unfähig. Es kann zwar der Widerstand, den der Schuldner der Vornahme einer Handlung entgegensetzt, die er dulden soll, durch

Anwendung von Gewalt gebrochen werden (§ 892); im übrigen aber und namentlich in den Fällen, in denen ein Verbot befolgt, also etwas unterlassen werden soll, ist es meistens unmöglich, das Zuwiderhandeln gewaltsam zu verhindern mit dem Erfolge, daß darin eine Vollstreckung des Urteils gefunden werden könnte[1]). Der § 890 verzichtet daher auf einen unmittelbaren Zwang und schreibt wie der § 888, wenn eine unvertretbare Handlung in Frage steht, die ausschließlich vom Willen des Schuldners abhängt, mittelbaren Zwang vor.

Ist die nach § 890 nicht bloß mögliche, sondern notwendige Strafandrohung nicht im Urteil enthalten, so muß sie in einem gesonderten Beschlusse erlassen werden. Der Erlaß dieser Strafandrohung nach § 890 enthält bereits den Beginn der Zw. Die einzige Möglichkeit einer zwangsweisen Ausführung der auf ein Dulden oder Unterlassen gerichteten Urteile bildet — wie schon erwähnt — eine Einwirkung auf die eigene Entschließung des Schuldners. Die Zw. muß sich also hier darauf beschränken, den Schuldner in einen psychischen Zwangszustand zu versetzen, der ihn veranlaßt, sich dem Urteile zu unterwerfen. Dieser Zwang wird durch Androhung einer Strafe begonnen und durch die Ausführung der Androhung fortgesetzt. Es verhält sich damit hier geradeso wie im Falle des § 888 dann, wenn zur Erzwingung einer nicht vertretbaren, ausschließlich vom Willen des Schuldners abhängigen Handlung der Strafvollziehung eine Strafandrohung vorhergeht[2]). Der Schuldner weiß, nachdem die Strafandrohung erlassen ist, daß ihrer Nichtbeachtung die Strafe folgt und damit beginnt für ihn die Zwangslage[3]).

Laut ausdrücklicher Vorschrift (§ 890 Abs. II!) kann aber schon das Prozeßgericht im Urteile die Strafe androhen. Das widerspricht scheinbar den obigen Ausführungen; allein wenn

[1]) Vgl. RG. Bd. 40 S. 419.
[2]) Vgl. RG. Bd. 24 S. 380 und oben S. 56!
[3]) Vgl. hierzu R.G. Bd. 42 S. 421!

man näher zusieht, was diese Vorschrift (§ 890 Abs. II!) eigentlich für einen Grund hat, so wird man im Gegenteil einen Anhalt für die Richtigkeit des Dargelegten finden. Die Zulassung der Androhung im Urteile beruht im Falle des § 890 auf Zweckmäßigkeitserwägungen; denn einerseits können Urteile der in Frage stehenden Art nicht direkt, sondern nur durch Einwirkung auf den Willen des Schuldners vollstreckt werden, andererseits sind Zuwiderhandlungen des Schuldners sofort möglich, vielleicht weiß man sogar mit ziemlicher Sicherheit schon vor der Urteilsverkündung, daß der Schuldner dem Urteile zuwiderhandeln werde. Um das zu verhüten soll durch Aufnahme der Strafandrohung in das Urteil so zeitig wie nur möglich auf den Willen des Schuldners eingewirkt werden[1]).

Mit Erlassung des Urteiles, das eine solche Strafandrohung enthält, kann dann freilich eine Zw. als solche nicht beginnen; das liegt im Wesen der Sache. Der Beginn der Zw. liegt hier in der Festsetzung der Strafe durch das Gericht.

Naturgemäß dauert die Vollstreckung nach § 890 solange, als die Strafandrohung besteht und eine Zuwiderhandlung möglich ist; sie findet mit dem Wegfall des einen oder anderen von selbst ihr Ende. —

Die Verurteilung zur Sicherheitsleistung nach § 890 Abs. III kommt für den Beginn der Zw. insofern nicht inbetracht als ja die Verurteilung zur Sicherheitsleistung wenigstens eine Verurteilung zur Strafe voraussetzt, frühestens aber mit der ersten Strafverurteilung erfolgen kann.

IV. Willenserklärungen.
(§ 894 ZPO.)

Auf die Erzwingung der Abgabe einer Willenserklärung fänden an und für sich die Vorschriften: §§ 887, 888 über die Zw. zur Erwirkung einer Handlung Anwendung. Wenn jedoch

[1]) Vgl. bes. Jur. Woch. 09 S. 24.

der Schuldner zur Abgabe einer Willenserklärung verurteilt ist, kann das Ziel der Vollstreckung hier auf dem einfacheren Wege erreicht werden, daß kraft einer gesetzlichen Fiktion die Willenserklärung als abgegeben gilt, sobald das Urteil die Rechtskraft erlangt hat. § 894 Abs. I Satz 1. Den Schuldner gegen die Gefahr vorzeitigen Urteilsvollzuges zu sichern, dafür sorgt § 894 Abs. I Satz 2. Durch die Fiktion des § 894 wird jede Vollstreckungshandlung unnötig gemacht, der Zweck des Urteiles also erreicht ohne Zw. (Siehe auch oben Seite 7!) —

Ähnliches gilt bei §§ 895, 896.

V. Eigentumsübertragung und Bestellung eines dinglichen Rechts.

Zur Übertragung des Eigentums oder zur Bestellung eines Rechtes an einer beweglichen Sache ist nach BGB. §§ 929, 1032, 1205 erforderlich: dingliche Einigung und Übergabe der Sache, zur Bestellung und Abtretung einer Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld gemäß BGB. §§ 1117, 1154, 1192, 1199, 1274: Einigung und Briefübergabe.

Die Fiktion des § 894 ersetzt aber bloß die Einigungserklärung des Schuldners. Deshalb gibt § 897 die Ergänzung und ermächtigt den Gläubiger, sich den Besitz der Sache oder des Briefes zwangsweise durch den Gerichtsvollzieher zu verschaffen. Für diese Wegnahme durch den Gerichtsvollzieher gelten §§ 883, 884. Bezüglich des Beginnes und Endes der Zw. ist auf das oben Ausgeführte zu verweisen.

Dritter Abschnitt.

Offenbarungs-Eid.

(§§ 899—903, 914, 915 ZPO.)

Die Abnahme des prozessualen Offenbarungseides in den Fällen des § 807, § 883 ZPO. und des § 125 (mit § 72) KO. bildet eine selbständige Zw.-Art mit selbständigem Beginn und Ende, während dies bei der Leistung bezw. Erzwingung des Offenbarungseides nach bürgerlichem Rechte — wie auch die Ausführungen oben zu § 889 zeigen — nicht der Fall ist und zwar insofern: Bei § 889 handelt es sich um die Erzwingung einer unvertretbaren, ausschließlich vom Willen des Schuldners abhängigen Handlung, welche der Schuldner nach materiellem Rechte vorzunehmen verpflichtet ist und es findet die Zw. des § 888 statt, wie sie auch sonst zur Erzwingung solcher unvertretbarer Handlungen anzuwenden ist. Beim Verfahren zur Abnahme des prozessualen Offenbarungseides scheidet jedoch die Zw. des § 889/888 aus, es gelten besondere Vorschriften, nämlich §§ 899—903, 914, 915 ZPO. Die Voraussetzungen für diese Art der Zw. sind — abgesehen natürlich von den allgemeinen Zw.-Voraussetzungen — ganz besonderer Art und an besonderen Stellen — §§ 807, 883 ZPO. und § 125 KO. — geregelt.

Das Verfahren zur Abnahme des prozessualen Offenbarungseides beginnt mit dem Antrage des Gläubigers auf Bestimmung eines Termines zur Leistung des Eides. Diesem Antrag sind nach § 900 (nach neuester Fassung der Novelle vom 1. Juni 1909) die Nachweise der allgemeinen und besonderen Vollstreckungsvoraussetzungen beizufügen. Der Richter hat von Amtswegen zu prüfen, ob diese Voraussetzungen vorliegen und erst wenn dies nicht der Fall ist, hat der Richter den Termin anzuberaumen, andernfalls muß der Richter mit Beschluß den Antrag auf Terminsbestimmung ablehnen. Diese Terminsbestimmung seitens des Gerichtes bildet den ersten Voll-

streckungsakt, hiermit beginnt also die Zw. der Leistung des prozessualen Offenbarungseides im Gegensatz zur Zw. zwecks Erzwingung des Offenbarungseides nach bürgerlichem Recht.

Beim prozessualen Offenbarungseid ist gewissermaßen die Eidesleistung selber eine Vollstreckungsmaßregel auch dann, wenn sie nicht erst mit Haft — nicht mit Geldstrafe: § 901 im Gegensatze zu § 889 Abs. II mit § 888 Abs. I — erzwungen zu werden braucht. Der Offenbarungseid nach bürgerlichem Rechte entspringt lediglich einer materiellrechtlichen Verpflichtung zur Leistung des Eides und ist eben nichts anderes wie jede andere Verpflichtung derart auch. Erst wenn der Schuldner diese unvertretbare, ausschließlich von seinem Willen abhängige Handlung nicht vornimmt, tritt eine Zw. ein. Hier ist die Ladung zum Offenbarungseid lediglich etwas rein Formales ohne Vollstreckungscharakter; dort dagegen ist die Terminsbestimmung durch das Gericht bereits Vollstreckungsakt, sie ist im Grunde weiter nichts als die Anordnung des Gerichtes auf Durchführung jener Zw.-Art, in diesem Sinne also von gleicher Bedeutung wie z. B. der Erlaß eines Forderungspfändungsbeschlusses. Daher bildet auch der Erlaß der Terminsbestimmung, nicht deren Zustellung den Beginn der Zw.

Bereits in dieser Terminsbestimmung ist ein Zwang enthalten, der auf den Schuldner ausgeübt bezw. gegen diesen fortgesetzt wird. Dem wird man umso leichter beipflichten, wenn man folgendes bedenkt: Bei Zw. zur Erzwingung des prozessualen Offenbarungseides steht man ja bereits mitten in dem Verfahren darinnen, das die zwangsweise Verwirklichung — allgemein gesagt — eines Vollstreckungstitels bezweckt. Die Zw. zur Erzwingung des prozessualen Offenbarungseides muß man zwar der Sache nach als eine selbständige Vollstreckungsart betrachten; man wird dies aber doch wieder einschränken müssen insofern, als diese Art der Zw. nicht allein und unabhängig von allen anderen Vollstreckungsarten betrieben werden kann, sondern sie entweder die erfolglose Durchführung einer

anderen Art der Zw. oder aber wenigstens die absolute Aussichtslosigkeit einer solchen voraussetzt.

Beendet ist die Zw. naturgemäß dann, wenn entweder der Eid geleistet oder der Schuldner aus der Haft entlassen ist.

Vierter Abschnitt.

Arrest und einstweilige Verfügung.

Arrest und einstweilige Verfügung werden im achten Buche der Zivilprozeßordnung behandelt. Dadurch könnte die Auffassung entstehen, als wäre das ganze Verfahren, das Arrest und einstweilige Verfügung betrifft, in seiner Gesamtheit, wie es im achten Buche der Zivilprozeßordnung enthalten ist, eine Art Zw. Das ist jedoch unrichtig. Die Zivilprozeßordnung unterscheidet in §§ 919 ff. und §§ 928 ff. ausdrücklich zwischen der Anordnung und der Vollziehung des Arrestes oder wie Gaupp-Stein (Vorbem. zu § 916 Abs. I Satz 1 u. 2) zutreffend bemerkt: Arrestprozeß und Arrestvollzug. Der Arrestprozeß ist ein Verfahren, in welchem nur über die Frage entschieden wird, ob ein zureichender Arrestgrund vorliegt, „ob also der Anspruch auf einstweilige gerichtliche Maßregeln zum Schutze eines Privatrechtes bezw. auf Regelung eines einstweiligen Zustandes inbezug auf ein Privatrechtsverhältnis begründet ist[1])." Die Entscheidung geschieht im Falle einer — nicht obligatorischen — vorgängigen mündlichen Verhandlung durch Endurteil, andernfalls durch Beschluß. § 922 Abs. I ZPO. Erst auf grund dieser Rechtsentscheidung erfolgt die Vollstreckung. Es

[1]) Seuffert, Vorbem. zu § 916 Ziff. 1.

finden auf diese Vollstreckung die Vorschriften über die Zw. entsprechende Anwendung, soweit nicht besondere Bestimmungen in §§ 929—934 ZPO. gegeben sind. § 928 ZPO.

Die Anordnung von Arrest und einstweiliger Verfügung ist demnach kein Akt der Zw.; Arrest und einstweilige Verfügung sind Schuldtitel, aus denen der Gläubiger die Zw. betreiben kann. Als Besonderheit wäre dabei hervorzuheben, daß der Arrestbefehl regelmäßig keiner Vollstreckungsklausel bedarf, daß er vor der Zustellung an den Schuldner, jedoch nur innerhalb der Frist von einem Monat vollstreckt werden kann. § 929 ZPO.

Diese Vollstreckung ist aber kein Bestandteil der in §§ 704 ff. ZPO. behandelten Zw., welche aus Endurteilen und diesen gleichstehenden Titeln stattfindet, sondern sie ist eine Zw. ganz besonderer Art. Während in der Regel bei der Zw. nach §§ 704 ff. ZPO. eine Befriedigung des Gläubigers angestrebt wird, handelt es sich hier bei dem Arrestvollzug um etwas von vornherein wesentlich verschiedenes, nämlich um eine bloße Sicherung des Anspruches des Gläubigers. Diese Zw. behufs Sicherung des Anspruches des Gläubigers ist aber nicht etwa als eine antizipierte Zw. anzusehen[1]) oder, wie Seuffert (Vorbem. 4, b vor § 704) sich ausdrückt, als eine vorläufige, d. i. zur Sicherung definitiver Zw. erfolgende Zw., ebensowenig wie der Arrestprozeß ein antizipiertes oder vorläufiges „abgekürztes Prozeßverfahren ist, das dazu dient, dem Gläubiger eine wirksame und vollstreckbare Feststellung seines Anspruches schneller als im gewöhnlichen Verfahren zu ermöglichen[2])." Arrest und einstweilige Verfügung wollen über den Anspruch selbst überhaupt keine Entscheidung treffen, sie wollen nur den Gläubiger ermächtigen, sich wegen seines Anspruches zwangsweise eine Sicherung zu verschaffen. Und diese zwangsweise

[1]) Vgl. G. Güthe, Voraussetzungen und Inhalt der antizipierten Zw.; Ztschr. f. d. Zivilpr. Bd. 24 S. 346 ff.

[2]) Hein, Handbuch der Zw.

Beschaffung einer Sicherung des Gläubigers zum Schutze eines Privatrechtes bezw. zur Regelung eines einstweiligen Zustandes geschieht eben durch diese besondere Art der Vollstreckung, den Arrestvollzug.

Wenn man davon ausgeht, daß der Zivilprozeß, das Erkenntnisverfahren, über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Privatrechtes, kurz über einen Anspruch erkennt, so kann man den Arrestprozeß vielleicht als eine Unterart des Erkenntnisverfahrens bezeichnen. Wenn man nun unter Zw. regelmäßig das Verfahren zur zwangsweisen Befriedigung des Gläubigers versteht, so wird man ebenso den Arrestvollzug als eine Unterart der Zw. betrachten können, die — allerdings mit denselben Vollstreckungsmaßregeln wie sonst — hier nicht eine Befriedigung des Gläubigers, sondern seine Sicherung anstrebt[1]).

Nachdem auf den Arrestvollzug gemäß § 928 ZPO. die Vorschriften über die Zw. entsprechende Anwendung finden, gilt auch vom Beginn der Vollstreckung dasselbe, was oben bei den einzelnen Arten der Zw. von deren Beginn gesagt wurde.

Was das Ende der Zw. betrifft, so ist wieder in erster Linie zu berücksichtigen, daß die Arrestvollziehung den Gläubiger nicht befriedigen, sondern nur sichern soll. Es scheiden sonach aus die Vorschriften der Zw. über die Verwertung gepfändeter Sachen und die Überweisung oder sonstige Verwertung gepfändeter Forderungen und Rechte. Die Zw. ist vielmehr schon dann zunächst beendet, wenn die Hinterlegung erfolgt, der Gläubiger also Sicherung erlangt hat.

[1]) Vgl. Gaupp-Stein, Vorbem. zu § 704 und zu § 916; Seuffert, Vorbem. ebenda; Hein, § 27 S. 503 ff.; RG. Bd. 8 S. 401 f.; Bd. 9 S. 321; Bd. 26 S. 414 ꝛc.

Fünfter Abschnitt.

Vorpfändung.

(§ 845 ZPO.)

Es soll hier nicht die rechtliche Natur der sogen. Vorpfändung im einzelnen untersucht werden, sondern zu prüfen bleibt lediglich die Frage: Ist diese Pfändungsbenachrichtigung nach § 845 bereits ein Akt der Zw. oder nicht, beginnt also mit Zustellung dieser Benachrichtigung an den Drittschuldner bereits die Zw. oder nicht? —

Die Interessen des verurteilten Schuldners auf der einen Seite und die des Befriedigung suchenden Gläubigers auf der anderen stehen sich naturgemäß diametral gegenüber. Der Schuldner wird sehr oft bestrebt sein, eine drohende Zw. zu vereiteln; dem Gläubiger aber wird es nicht immer möglich sein durch rasches Vorgehen dies zu verhindern; es kann sich die Erlangung des Pfändungsbeschlusses und seine Zustellung verzögern und der Gläubiger so in seinem guten Rechte gefährdet werden. Der Grund und Zweck der Vorschrift des § 845 ist darnach ohne weiteres klar. Der Gläubiger soll gegen diese Gefährdung seiner Rechte geschützt werden[1]). Berücksichtigt man diesen Zweck des § 845, nimmt man noch dazu die Stellung des § 845 im achten Buche der Zivilprozeßordnung, so sprechen schon diese Umstände dafür, daß der § 845 bereits ein Pfandrecht erzeugt, daß also diese Vorpfändung bereits ein Vollstreckungsakt ist, keine bloß vorbereitende Maßregel. Vollstreckungsakte können allerdings nach der Zivilprozeßordnung als Akte der Staatsgewalt der Regel nach nur durch das Gericht und den Gerichtsvollzieher als die gesetzlich dazu berufenen Organe vorgenommen werden. Allein damit sind Ausnahmen von diesem Grundsatze nicht ausgeschlossen und solche Ausnahmen sind tatsächlich in unserem Rechte häufiger als man

[1]) Vgl. Begr. bei Hahn, S. 851!

schlechthin annimmt; es seien nur ein paar Beispiele erwähnt: Gemäß § 127 Abs. I StPO. ist jedermann befugt ohne richterlichen Befehl unter bestimmten Voraussetzungen einen Menschen festzunehmen, also nicht bloß in das Eigentum des Nächsten, sondern sogar in dessen persönliche Freiheit einzugreifen. Diese vorläufige Festnahme findet Anwendung wegen aller strafbaren Handlungen und ist nicht einmal von der strafrechtlichen Verfolgbarkeit des Täters abhängig. Weiterhin sei hingewiesen z. B. auf die Bestimmungen des bayerischen Feldschadengesetzes vom 6. III. 02 mit Art. 89 EG. zum BGB.

Also etwas so ganz und gar Fremdartiges stellt es nicht dar, wenn der § 845 ZPO. eine „Pfändung" durch eine Privatperson vorsieht und dadurch hier den gewöhnlichen Weg der Vollstreckung durch staatliche Organe verläßt. Der Gerichtsvollzieher, welcher die Pfändungsbenachrichtigung des § 845 zustellt, handelt selbstverständlich hier ebenso wie bei Zustellung eines Pfändungsbeschlusses lediglich als Zustellungsorgan, keinesfalls als Vollstreckungsorgan; als solches ist nur der Gläubiger selbst tätig.

Die Vorschrift des § 845 selbst führt direkt zu diesen Schlußfolgerungen. Die Benachrichtigung an den Drittschuldner hat die Wirkung eines Arrestes, sofern die Pfändung der Forderung innerhalb dreier Wochen, gerechnet von der Zustellung der Benachrichtigung an, bewirkt wird. Im § 845 Abs. II ist auf § 930 verwiesen. § 930 handelt von der Vollziehung des Arrestes und ihren Wirkungen. Die Benachrichtigung des Drittschuldners, daß die Pfändung bevorstehe, hat sonach richtig gesagt die Wirkung einer Arrestvollziehung; die Wirkung der Vorpfändung steht also einer im Wege der Arrestvollziehung erfolgten Forderungspfändung völlig gleich und zwar nicht erst im Zeitpuntte der nachfolgenden Pfändung, sondern schon mit der dem Drittschuldner zugestellten Benachrichtigung. Es mag hier die Frage offen bleiben, ob man das durch die Benachrichtigung begründete Pfandrecht richtiger ein bedingtes nennen

— so die überwiegende Mehrheit; die meisten Kommentare, bes. Seuffert; auch das RG. vertritt diesen Standpunkt, doch ist seine Rechtsprechung schwankend — oder ob man mit Gaupp-Stein sagen soll, daß die Vorpfändung ein einstweiliges Pfandrecht entstehen läßt und das durch die Pfändung begründete endgültige Pfandrecht auf den Zeitpunkt der Benachrichtigung zurückdatiert werden muß: soviel ist gewiß: Wenn die gerichtliche Pfändung innerhalb der dreiwöchigen Frist vollzogen wird, so ist der Regel nach alles so anzusehen, als hätte jenes Pfandrecht von Anfang an bestanden. Die Pfändungsbenachrichtigung erzeugt jedenfalls ein Pfandrecht und die gerichtliche Pfändung ist Bedingung für das Bestehenbleiben, nicht aber für die Erzeugung des Pfandrechtes.

Auch der Wortlaut des § 845 steht dieser Auffassung nicht entgegen. Zwar sagt § 845: „Schon vor der Pfändung . . .", d. i. vor der regelmäßigen, durch die staatlichen Organe durchgeführten „Pfändung" und nach § 803 erfolgt die Zw. in das bewegliche Vermögen eben durch diese „Pfändung". „Trotzdem beginnt die Vollstreckung nicht immer mit der Pfändung (vgl. auch oben Seite 21 ff.!). Es läßt sich vielmehr mit Raddatz (Gruchot Bd. 37 Seite 676) annehmen, daß der in der Vorpfändung hervortretende Zwang, der sich gegen bestimmte Vermögensstücke richtet, ohne daß diese bereits von der Staatsgewalt ergriffen zu sein brauchten, den Beginn der Vollstreckung darstellt[1])."

Bei der Vorpfändung fällt sonach dem Gläubiger wirklich eine Vollstreckungstätigkeit zu. Die Vorpfändung gehört tatsächlich zur Zw., wenn auch ihre Voraussetzungen zweckentsprechend andere, nämlich leichtere sind wie sonst bei der Zw.

[1]) Vgl. insbes. Kammergericht vom 5. Dez. 1908 in den Entscheidungen der OLG. Bd. 19 S. 8/9; Kammergericht vom 4. Nov. 1901 in d. Entsch. d. OLG. Bd. 3 S. 445/6. RG. Bd. 26 S. 425—427; Bd. 59 S. 91/92 und die Kommentare bei § 845.

Erforderlich ist ein vollstreckbarer Schuldtitel[1]), die Vollstreckung kann dagegen hier schon beginnen, noch ehe eine vollstreckbare Ausfertigung erteilt und noch ehe der Schuldtitel und überhaupt alle Urkunden, die nötig sind zur Durchführung der Vollstreckung, dem Schuldner zugestellt sind[2]).

[1]) Vgl. RG. Bd. 32 S. 39.

[2]) Vgl. dagegen Gaupp-Stein, Vorbem. VII, a, Abs. 3 vor § 704.

Viertes Kapitel.

Schluß.

Falkmann sagt im ersten Teil seiner Zwangsvollstreckung von 1908, § 34, Seite 368: „Während sich über den Zeitpunkt des Beginnes der Vollstreckung keine allgemeinen Grundsätze aufstellen lassen, die Frage vielmehr im Falle des § 750 anders als in den Fällen der §§ 766, 767, 771, 779, 829, 888, 900 zu beantworten ist und daher zweckmäßig der Erörterung der Einzelfälle vorbehalten bleibt, ist allgemein die Beendigung der Vollstreckung in den Zeitpunkt zu setzen, in welchem der Gläubiger die ihm nach dem Urteil gebührende Leistung erhalten hat . . ."

An dem, was Falkmann hier vom Beginne der Zw. sagt, ist zweifellos etwas Richtiges; aber im Ausdruck ist meines Erachtens eine unbegründete Verschiebung vorgenommen.

Zunächst ist nicht abzusehen, warum das Gesetz im § 750 unter Beginn der Zw. etwas anderes verstehen soll wie im § 779 und nach dem, was oben ausgeführt wurde, ist ferner nicht ersichtlich, inwiefern der Beginn der Zw. im Prinzipe hier bei § 750 und § 779 anders beurteilt werden soll wie im Falle des § 882, § 888 und § 900. —

Die Anträge, Einwendungen und Erinnerungen des § 766, welche die Art und Weise der Zw. oder das bei derselben vom Gerichtsvollzieher zu beobachtende Verfahren betreffen, sind an

keine Frist gebunden, können aber naturgemäß nur erhoben werden, wenn überhaupt schon Vollstreckungshandlungen vorgenommen sind und solange noch solche vorgenommen werden können, also nur dann, wenn die Zw. zur Zeit des Antrages bereits begonnen hat und nur solange sie noch nicht beendet ist. —

Die Widerspruchsklage des § 771 will eine Zw. beseitigen und ist erst zulässig, wenn die Zw. begonnen hat oder richtiger, wenn der Gegenstand, dessentwegen der Widerspruch erfolgt, bereits von der Zw. ergriffen ist und weiterhin ist die Klage des § 771 nur möglich, solange die Zw. noch nicht beendet ist. —

Die Vollstreckungsgegenklage des § 767 bezweckt nicht die Unzulässigkeit der konkreten Vollstreckungsmaßregel, sondern die der Vollstreckbarkeit überhaupt herbeizuführen und dafür besteht Bedürfnis von dem Bestehen des Titels an; keine Voraussetzung für ein bejahendes Urteil ist es, daß zur Zeit der Klageerhebung oder des Urteiles die Zw. bereits begonnen habe oder auch nur (durch Erbittung der vollstreckbaren Ausfertigung) vorbereitet sei. Die Klage des § 767 kann daher zwar nur solange *erhoben* werden, als die Zw. noch nicht beendet ist, jedoch kann sie schon vor Beginn der Zw. erhoben werden, wenn der Kläger ein rechtliches Interesse daran hat, daß möglichst bald die Unzulässigkeit der Vollstreckung überhaupt ausgesprochen werde. Gegen Mißbrauch schützt die Kostenfolge des § 93 ZPO[1]). —

In allen drei Fällen §§ 766, 767 und 771 bezeichnet der Begriff „Beginn der Zw." aber genau dasselbe, es ist nirgends ein grundsätzlicher Unterschied zu finden, nur decken sich eben nicht immer „Beginn und Ende der Zw." mit den zeitlichen Zulässigkeitsgrenzen oder dem Anwendungsgebiet der Einwendungen und Klagen in den genannten Gesetzesbestimmungen. Wenn also *Falkmann* sagt, die Frage nach dem

[1]) *Gaupp-Stein*, § 767 Abs. II, c.

Beginne der Zw. ist in den einen Gesetzesbestimmungen anders zu beurteilen wie in den anderen, so ist daran nur in diesem Sinne, wie soeben dargelegt, etwas Richtiges, die Ausdrucksweise aber ist so gewählt, daß sie zu falschen Folgerungen führen muß.

Daß sich über den Zeitpunkt des Beginnes der Zw. keine allgemeinen Grundsätze aufstellen lassen — diese Behauptung Falkmanns ist direkt unrichtig. Wenn ein so wichtiges Gebiet, wie die Zw. es ist, einigermaßen nach einheitlichen Gesichtspunkten geregelt ist, dann müssen sich auch allgemeine Grundregeln für das allerelementarste, den Beginn der Zw. finden lassen. Und das ist in der Tat der Fall.

Mit dem Ausdruck Zw. im allerweitesten Sinne bezeichnet man ganz allgemein das Verfahren zur zwangsweisen Verwirklichung eines Anspruches, dessen Zweck sich auf normalem, gewissermaßen gütlichem Wege nicht erlangen läßt. Aus diesem verschwommenen Begriff „Zw." schält sich die Vollstreckung im engeren und eigentlichen Sinne heraus. Diese Vollstreckung, die eigentliche Zw., wird durch besondere Organe vorgenommen; es geht ihr verschiedenes voraus und folgt ihr bisweilen etwas nach, was mit der Vollstreckung als solcher nichts zu tun hat. Will man nun Beginn und Ende der Zw. feststellen, so wird man logischerweise untersuchen müssen, wo die eigentliche Vollstreckungstätigkeit anfängt bezw. aufhört. Die Vollstreckung erfolgt regelmäßig durch Gerichte oder Gerichtsvollzieher. Man wird daher allgemein sagen können:

Die Zw. beginnt mit der ersten Vollstreckungstätigkeit der Vollstreckungsorgane, des Gerichtes bezw. des Gerichtsvollziehers.

Das Ende der Zw. tritt ein, wenn diese Vollstreckungstätigkeit zu Ende ist, normalerweise also, wenn der Anspruch verwirklicht, der Gläubiger befriedigt ist. Dabei ist jedoch zu beachten, daß der Zweck der Zw. — wie dargelegt — keineswegs immer auf eine Befriedigung, sondern zuweilen auf eine

bloße Sicherung gerichtet ist. In diesem Falle ist natürlich dann ein Ende der Zw. gegeben, wenn die gewollte Sicherung des Gläubigers erreicht ist.

Dazu wäre noch einiges ergänzend nachzutragen.

Wenn man von Beginn und Ende der Zw. redet, so ist das normalerweise so aufzufassen, daß die Zw. mit der jeweils ersten Vollstreckungstätigkeit des Gerichtes oder des Gerichtsvollziehers — wie es sich im einzelnen Falle gerade trifft — in der Richtung gegen einen bestimmten Schuldner wegen eines bestimmten Anspruches beginnt und erst mit der völligen Befriedigung (bezw. Sicherung) des Gläubigers endet, daß also zwischen diesem Beginn und Ende normalerweise schlechthin die gesamte auf Befriedigung des Gläubigers gerichtete Staatstätigkeit liegt. Man kann daneben freilich auch von Beginn und Ende bei jeder einzelnen Vollstreckungsmaßregel gesondert sprechen. Wenn also z. B. eine Zw. in bewegliche körperliche Sachen im Gange ist und daneben oder darnach wegen desselben Anspruches eine Zw. in Forderungen betrieben wird, so kann bezw. muß man wohl Beginn und Ende bei jeder dieser einzelnen Vollstreckungsarten auseinanderhalten, es hat mit der ersten Vollstreckungsart nicht schon gleichzeitig die spätere andere Vollstreckungsart als solche ihren Anfang genommen. Der Gläubiger hat ja zwischen mehreren Vollstreckungsarten freie Wahl; er kann von einer Vollstreckungsart zu einer anderen übergehen, z. B. von der Mobiliar- zur Immobiliarvollstreckung und umgekehrt, auch kann er mehrere Vollstreckungsarten nebeneinander betreiben[1]) und muß dabei jede Vollstreckungsart gesondert beantragen. Es sind auch vor dem Beginne jeder einzelnen Vollstreckungsart von neuem die Voraussetzungen für den Beginn der Zw. gesondert zu prüfen, selbst wenn bereits eine andere Vollstreckungsart wegen derselben Sache begonnen hat und im Laufe ist.

[1]) Vgl. Motive z. Entwurf III, Seite 388; Seuffert, Vorbem. 4 b vor § 704.

Mit alledem ist jedoch nicht gesagt, daß mit jeder neuen Vollstreckungsart eine neue Zwangsvollstreckung beginnt; vielmehr ist bei einer Zw. aus demselben Titel die erste Tätigkeit der Vollstreckungsorgane, also des Gerichtes oder des Gerichtsvollziehers, der alleinige Beginn dieser Zw. aus diesem Titel. Mit dem Übergang von einer Vollstreckungsart zur anderen beginnt nicht jedesmal eine neue Zwangsvollstreckung, sondern diese ist ein geschlossenes Ganzes, das durch die einzelnen Vollstreckungsarten mit deren Beginn und Ende nicht auseinandergerissen wird. Ebensowenig hat das Ende einer einzelnen Vollstreckungsart als solcher auf die Zw. einen solchen Einfluß, daß damit für diese ein Ende eintreten würde.

Hat natürlich eine Vollstreckungsmaßregel zur Befriedigung des Gläubigers geführt, so ist damit die Zw. gegen diesen Schuldner wegen dieses Anspruches ein für allemal beendet. —

Das Ende einer Zw. kann aber unter Umständen auch dann eintreten, wenn die Vollstreckungsmaßregeln zu keiner oder zu keiner vollständigen Befriedigung des Gläubigers geführt haben: Wenn der Gläubiger z. B. entweder auf die Durchführung von Vollstreckungsmaßregeln schlechthin oder auf seinen Anspruch überhaupt verzichtet, so ist damit von selbst das Ende nicht bloß der einzelnen Vollstreckungsmaßregeln, sondern der Zw. überhaupt gegeben; denn die Zw. wird nur auf Betreiben des Gläubigers begonnen; der Gläubiger muß aber auch selbstverständlich das Recht haben, jederzeit auf eine Staatstätigkeit, die bloß zu seinen Gunsten stattfindet, zu verzichten. (Vgl. § 843 ZPO.!) Wäre dies nicht der Fall, so wäre eine ausdrückliche Vorschrift dieses Inhalts unerläßlich notwendig.

Ebenso tritt zunächst ein Ende der Zw. ein, wenn eine Vollstreckung ergebnislos verläuft[1]).

[1]) Vgl. RG. Bd. 31 S. 410; RG. in Jur. Woch. 1896, S. 32 Nr. 14; Celle in Seufferts Archiv Bd. 53 Nr. 63 S. 114; Plank Bd. II S. 687; Gaupp-Stein Vorbem. VII, c vor § 704; Petersen Vorbem. 9, e vor § 704.

Dies ist — vom Falle des Verzichtes abgesehen — der Fall, wenn die durchgeführte Vollstreckung tatsächlich keinen Erfolg gebracht hat, im besonderen, wenn die staatlichen Zwangsmittel erschöpft sind oder wenn die Zw. gemäß § 775 Ziff. 1 endgültig eingestellt oder für unzulässig erklärt wird.

Dagegen wird die Zw. nicht schon dann beendet, wenn eine Sicherheitsleistung oder Hinterlegung erfolgt um die Zw. abzuwenden oder die Aufhebung einzelner Vollstreckungsmaßregeln herbeizuführen; auch eine einstweilige Einstellung gegen oder ohne Sicherheitsleistung beendet die Zw. nicht[1]).

Zwei Fragen bedürfen noch einer besonderen Erwähnung:

Welchen Einfluß haben der Konkurs über das Vermögen des Schuldners und der Tod des Schuldners auf den Beginn und das Ende der Zw.?

Tod des Schuldners.

Stirbt der Schuldner, gegen den vollstreckt werden soll, so muß man vor allen Dingen zwei Fälle unterscheiden:

1. Der Schuldner stirbt, bevor die Zw. gegen ihn begonnen hat in einer Weise wie es im einzelnen dargelegt wurde.
2. Der Schuldner stirbt erst, nachdem bereits die Zw. gegen ihn begonnen hat.

ad 1. Tod des Schuldners vor dem Beginn der Zw.

Grundlage der Zw. ist — wie ausgeführt — ein vollstreckbarer Titel, besonders ein Urteil. Ohne einen solchen Titel, ohne Urteil, ist eine Zw. schlechterdings undenkbar. Damit ergeben sich von selbst folgende Unterscheidungen:

[1]) Vgl. RG. Bd. 22 S. 267; Gruchot Bd. 41 S. 1186; Seufferts Archiv Bd. 52 Nr. 277 S. 473.

Vgl. auch Gaupp-Stein Vorbem. VII, c vor § 704 und Petersen Vorbem. 9, e vor § 704.

a) Der Schuldner stirbt, bevor ein — rechtskräftiges oder vorläufig vollstreckbares — Urteil gegen ihn ergangen, also ein vollstreckbarer Titel geschaffen ist, sei es nun, daß ein Prozeß überhaupt noch nicht anhängig war oder ein schwebender Prozeß vor dem Urteil durch den Tod des Schuldners nach § 239 ZPO. unterbrochen wurde. Die Schulden des Erblassers gehören zum Nachlaß und sind Nachlaßverbindlichkeiten, für welche der Erbe haftet. §§ 1922, 1967 BGB.

Eine Zw. kann hier nicht beginnen, der Gläubiger muß sich vielmehr erst einen gegen den Erben als den Rechtsnachfolger des Schuldners gerichteten Titel verschaffen, er muß also entweder einen Prozeß gegen den Erben anstrengen oder falls ein bereits gegen den Erblasser schwebender Prozeß unterbrochen wurde, die Aufnahme des Prozesses durch den Erben abwarten bezw. wenn diese verzögert wird, den Erben zur Aufnahme laden oder dessen Ladung veranlassen. §§ 239, 214, 497 ZPO. Dabei ist jedoch zu beachten: Vor der Annahme der Erbschaft kann ein Anspruch, der sich gegen den Nachlaß richtet, nicht gegen den Erben gerichtlich geltend gemacht werden (§ 1958 BGB.), der Erbe kann bis zur Erbschaftsannahme die Einlassung verweigern (vgl. auch § 239 Abs. V ZPO.), es fehlt dem Erben, solange er die Erbschaft nicht angenommen hat, die Passivlegitimation[1]).

Wohl aber kann während dieser Schwebezeit der (Nachlaß-) Gläubiger gemäß § 1961 BGB. die Bestellung eines Nachlaßpflegers beantragen, dem gegenüber trotz der Vorschrift des § 1958 BGB. gegen den Nachlaß gerichtete Ansprüche geltend gemacht werden können, ebenso wie gegenüber dem Testamentsvollstrecker, dem die Verwaltung des Nachlasses zusteht. §§ 1960 Abs. III, 2213 Abs. II BGB. Das gleiche ist gegenüber dem Nachlaßverwalter — abgesehen davon, daß eine Nachlaßver-

[1]) So auch Staudinger, BGB. § 1958, Anm. 1 Abs. 4; Strohal, Erbrecht, Bd. II S. 48 Note 14; RG. Bd. 60 S. 179; — and. Meing. Gaupp-Stein, § 305 Anm. I bei Note 2.

waltung vor der Annahme der Erbschaft nicht leicht vorkommen wird — und gegenüber dem Verwalter im Nachlaßkonkurse anzunehmen. § 1985 BGB., § 216 KO.[1]).

b) Stirbt der Schuldner nach Verkündung, aber vor der Zustellung des Urteiles, so ist zu beachten:

Die Rechtskraft eines Urteils setzt an und für sich die Zustellung voraus. §§ 705, 516, 552 ZPO. Die Zustellung (nicht die Verkündung) beendet aber überhaupt erst die Instanz, sie ist ein notwendiger Bestandteil der Instanz, sie dient nicht bloß der Einleitung der Zw.[2]).

Die Instanz wird also hier unterbrochen und es muß eine Aufnahme nach § 239 ZPO. stattfinden, bevor an den Beginn einer Zw. gedacht werden kann[3]).

c) Stirbt der Schuldner nach Zustellung des gegen ihn ergangenen Urteiles, so ist zur Zw. gegen den Erben bezw. gegen den Testamentsvollstrecker eine vollstreckbare Ausfertigung des gegen den Erblasser ergangenen Titels gemäß § 727 bezw. § 749 ZPO. sowie die Zustellung der Vollstreckungsklausel gemäß § 750 Abs. II ZPO. erforderlich. Nach § 778 ZPO. ist, solange der Erbe die Erbschaft nicht angenommen hat, eine Zw. wegen eines Anspruches, der sich gegen den Nachlaß richtet, nur in den Nachlaß zulässig. Die Vollstreckungsklausel kann gegen den Erben mit Rücksicht auf § 1958 BGB. und § 778 ZPO. nur erteilt werden, wenn der Gläubiger außer dem Anfall der Erbschaft auch deren Annahme oder den Ablauf der Ausschlagungsfrist nachweist; denn § 1958 BGB. begründet

---

[1]) Staudinger § 1958 Anm. 1 letzter Absatz; Plank § 1958 Bem. 4; Cosack II. Bd. S. 785 oben, Ziff. IV, 1 und S. 797 unten Ziff. 1 a.

[2]) Vgl. Gaupp-Stein § 176 Anm. II, 2.

[3]) Vgl. hierher Hein § 5 S. 71 Ziff. 1.

nicht nur eine Einrede, sondern die Unzulässigkeit der Vollstreckung schlechthin[1]).

Der Nachlaßgläubiger kann sich aber wiederum eine gegen einen bestellten Nachlaßpfleger (§§ 1960, 1961 BGB.) gerichtete Vollstreckungsklausel geben lassen; hier tritt die Beschränkung des § 1958 BGB. nicht ein, ebensowenig wie gegenüber einem Nachlaß- und Konkursverwalter. (Vgl. oben!)

Nach erfolgter Annahme der Erbschaft vermag der (Nachlaß-) Gläubiger aber eine gegen die Person des Erben gerichtete vollstreckbare Ausfertigung zu erlangen. (§§ 1958 BGB.; 750, 778 Abs. II ZPO.) Sie ermöglicht ihm die Zw. in das Eigenvermögen des Erben und ist auch erforderlich zu der erst nach der Aufhebung der Nachlaßpflegschaft beginnenden Zw. in den Nachlaß bezw. in die der Verwaltung des Testamentsvollstreckers nicht mehr unterliegenden Nachlaßgegenstände. (Wegen der Geltendmachung der Beschränkung der Haftung durch den Erben vgl. § 780 Abs. II ZPO.)[2]).

Ist also der Schuldner gestorben, noch ehe die Zw. begonnen hat, so kann nicht in regelmäßigem prozessualem Verlaufe gegen den Schuldner oder vielmehr gegen dessen nachgelassenes Vermögen mit der Zw. begonnen werden, sondern es sind zuerst noch verschiedene Bedingungen zu erfüllen, ehe eine Zw. gegen den Erben bezw. gegen den Nachlaß des Schuldners beginnen kann.

ad 2. Tod des Schuldners nach dem Beginn der Zw.

Der Tod des Schuldners nach dem Beginn der Zw. führt nicht etwa schlechthin ein Ende der Zw. herbei, vielmehr wird regelmäßig nach § 779 Abs. I ZPO. „eine Zw., welche zur Zeit des Todes des Schuldners gegen diesen bereits begonnen hatte, in den Nachlaß desselben fortgesetzt".

[1]) Vgl. Staudinger § 1958 Anm. 2, § 1943 Anm. II, § 1942 Anm. III, 5; Gaupp-Stein § 727 Anm. II, 2 c, § 305 Anm. I, § 778 Anm. II, 2; Hein § 5 Seite 71 f. unter Ziff. 2.

[2]) Vgl. auch Strohal, Erbrecht, Bd. II S. 325 ff. § 85.

Soweit freilich der Titel auf eine persönliche Tätigkeit des Schuldners geht — z. B. eine vertretbare Handlung des Schuldners nach § 887 oder eine unvertretbare nach § 888 ZPO. — ist eine Fortsetzung der Zw. in den „Nachlaß" nicht denkbar[1]), die Zw. wird insoweit unmöglich, sie erledigt sich von selbst, d. h. sie endet insoweit mit dem Tode des Schuldners.

Dies gilt auch, soweit Handlungen 2c. (§ 887 ff. ZPO.) des Erblassers in Frage kommen, die auch vom Erben verlangt werden können; es endigt hier eine begonnene Zw. mit dem Tode des Schuldners und es bedarf der Zustellung einer neuen vollstreckbaren Ausfertigung an den Erben (§§ 727 bezw. 749, 750 ZPO.), ehe neuerdings eine Zw. beginnen kann.

Soweit hiernach eine „Fortsetzung" der Zw. überhaupt möglich ist, müssen folgende Voraussetzungen vorliegen:

Einmal muß ein tatsächlicher Beginn der Zw. noch zu Lebzeiten des Schuldners erfolgt sein in der Weise, wie es dargelegt wurde und dann müssen entweder bestimmte Gegenstände (im weitesten Sinne, also auch Forderungen) von der Zw. bereits ergriffen sein oder wenn dies auch nicht der Fall ist, muß doch der Nachlaß noch als solcher erkennbar vorhanden sein. Solange dies letztere der Fall ist, darf die Zw. nicht nur in die davon unmittelbar ergriffenen Gegenstände, sondern auch in den übrigen Nachlaß fortgesetzt werden; dabei kann auch von einer Vollstreckungsart zu einer anderen übergegangen werden: so von der Sachpfändung zur Pfändung von Nachlaßforderungen, von der Mobiliar- zur Immobiliarvollstreckung. Eine Fortsetzung der Zw. gemäß § 779 Abs. I ZPO. erfolgt dann natürlich auf grund der gegen den Erblasser erwirkten Vollstreckungsklausel.

Nun ist bei Vollstreckungshandlungen häufig die Zuziehung des Schuldners nötig: so in §§ 808 Abs. III, 826 Abs. III, 839 Abs. II, 835 Abs. III, 844 Abs. II, 875 Abs. II, 885

[1]) Vgl. Hein § 5 Seite 69.

Abs. II ZPO.; §§ 22 Abs. I, 32, 41, 59 Abs. I u. III, 88. 99 Abs. I, 105 Abs. II, 144 Abs. I, 146 Abs. II, 153 Abs. I Zw.V.G.

Soweit eine solche Zuziehung des Schuldners „nötig" ist, muß im Falle des § 779 ein Vertreter für ihn vorhanden sein. Der natürliche Vertreter ist der Erbe, wenn er bekannt ist und die Erbschaft angenommen hat. Ist sein Aufenthalt nicht bekannt, so kann der Gläubiger einen Abwesenheitspfleger nach § 1911 BGB. bestellen. Unterliegt der Nachlaß der Verwaltung eines Testamentsvollstreckers oder ist ein Nachlaßpfleger bereits bestellt (§§ 2213, 1960, 1961 BGB.), so sind sie zur Vertretung berufen. Hat dagegen der Erbe die Erbschaft noch nicht angenommen oder ist die Person des Erben unbekannt oder ist es ungewiß, ob er die Erbschaft angenommen hat und ist noch kein Nachlaßpfleger bestellt, so hat das Vollstreckungsgericht auf Antrag des Gläubigers dem Erben einen einstweiligen besonderen Vertreter gemäß § 779 Abs. II ZPO. zu bestellen. Die Bestellung eines Nachlaßpflegers, lediglich um einen Vertreter des verstorbenen Schuldners zwecks Fortsetzung einer Zw. nach § 779 ZPO. zu erhalten, kann aber, wenn sie nicht schon aus einem anderen Grunde erfolgt ist, gemäß § 1961 BGB. vom Gläubiger nicht beantragt werden[1]).

Erwähnt möge noch werden:

Der Erbe, der Nachlaßpfleger, der Nachlaßverwalter, der Testamentsvollstrecker können durch die aufschiebenden Einreden des BGB. §§ 2014, 2015 nicht etwa eine Beendigung der Zw. herbeiführen, sondern sie können nur die Durchführung der Zw. hinausschieben. §§ 782 ZPO.; 2014, 2015 BGB.[2]).

---

[1]) Vgl. Gaupp-Stein § 779 Abs. II; Hein § 5 S. 70; Staudinger § 1961 Anm. 2 zu c Abs. 2.

[2]) Vgl. dazu insbes. Staudinger §§ 2014, 2015 Anm. 1 a. E. mit Zitaten bei Note**).

Konkurs über das Vermögen des Schuldners.

Eine Unterbrechung der Zw. durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen einer der Parteien gemäß § 240 ZPO. findet zwar nicht statt, da diese Vorschrift nur für das Erkenntnisverfahren gilt; gemäß § 14 KO. aber finden während der Dauer des Konkursverfahrens Arreste und Zwangsvollstreckungen zugunsten einzelner Konkursgläubiger weder in das zur Konkursmasse gehörige noch in das sonstige Vermögen des Gemeinschuldners statt. Sonder-Vollstreckungsakte, die gegen dieses Verbot verstoßen, sind unwirksam; doch richtet sich das Verbot nur an die — auch an die bevorrechtigten — Konkursgläubiger. Konkursgläubiger aber ist jeder Gläubiger des Schuldners, der zur Teilnahme am Konkursverfahren berechtigt ist, gleichgültig ob er von seinem Teilnehmerrecht Gebrauch macht oder nicht; denn die Konkursgläubiger-Eigenschaft ist unabhängig vom Verhalten des Berechtigten und läßt sich ohne Verzicht auf die Forderung selbst nicht abstreifen[1]).

Die Zw. — und zwar jede Art von Zw. und von Arrest — darf demnach während der Dauer des Konkurses des Schuldners zugunsten einzelner Konkursgläubiger nicht begonnen werden, auch wenn ein Gläubiger bereits eine vollstreckbare Ausfertigung in Händen hat, die begonnene Zw. darf nicht fortgesetzt werden, es sei denn, der betreibende Gläubiger hat bereits auf grund der begonnenen Zw. einen Absonderungsanspruch (§ 47 ff. KO.) erworben, der sich dann nicht mehr als Konkursforderung darstellt, den Gläubiger sohin seiner Eigenschaft als Konkursgläubiger entkleidet[2]).

Wird die Zw. hingegen von einem Gläubiger betrieben, der Massegläubiger oder zur Aussonderung oder zur abgesonderten Befriedigung berechtigt ist, namentlich als Hypothekengläubiger oder auf grund eines schon erworbenen Pfändungs-

[1]) Vgl. Jaeger, KO., § 3 Anm. 1, § 14 Anm. 3 u. 21, § 61 Anm. 1.

[2]) Vgl. Jaeger, KO., § 14 Anm. 14 u. 9.

pfandrechtes (§ 49 Ziff. 2 KO.), so wird die Vollstreckung durch den Konkurs des Schuldners nicht berührt. Nur bedarf es, wenn sie in diesen Fällen erst nach der Konkurseröffnung beginnen soll, einer Vollstreckungsklausel gegen den Konkursverwalter[1]).

Einer nach Maßgabe des § 845 Abs. I ZPO. bewirkten privaten Vorpfändung (Pfändungsankündigung) kann der Konkursgläubiger die im § 845 Abs. II ZPO. für das Zustandekommen des Absonderungsrechtes vorausgesetzte Pfändung selber nach § 14 KO. nicht mehr wirksam nachfolgen lassen[2]).

Eine Ausnahme gilt noch für den Fall des Nachlaßkonkurses: Gemäß § 221 KO. kann auf grund einer nach dem Eintritt des Erbfalles gegen den Nachlaß erfolgten Maßregel der Zw. oder der Arrestvollziehung abgesonderte Befriedigung nicht verlangt werden und eine nach dem Eintritte des Erbfalles im Wege der einstweiligen Verfügung erlangte Vormerkung ist unwirksam.

Die Zw. als Sondervollstreckung wird durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Schuldners keineswegs beendet, sie wird vielmehr bloß gehemmt und zwar nur „während der Dauer des Konkursverfahrens". (§ 14 KO.) Doch kann bereits vor dem Konkurse ein allgemeines Veräußerungsverbot dem Erwerbe durch Zwangszugriff entgegenstehen. (§§ 106, 113 KO.) Die Wirkung des im § 14 ausgesprochenen Vollstreckungsverbotes beginnt unmittelbar bei Konkurseröffnung — nicht erst mit der Bekanntmachung, Zustellung oder Rechtskraft des Eröffnungsbeschlusses — und endigt mit der nach § 76 Abs. I KO. bewirkten Bekanntmachung des Aufhebungs- oder Einstellungsbeschlusses[3]).

---

[1]) Vgl. Gaupp-Stein § 727 Anm. III, 1.

[2]) Vgl. Jaeger, KO., § 14 Anm. 14; Gaupp-Stein § 845 Anm. II, 2.

[3]) Jaeger, KO., § 14 Anm. 18.

Gerät aber der Gläubiger in Konkurs, so ist, wenn der zu vollstreckende Anspruch zur Konkursmasse gehört (KO. § 1), die Vollstreckung bezw. ein neuer Vollstreckungsakt in der schon anhängigen Zw. nur auf grund einer neuen für den Konkursverwalter gemäß § 727 ZPO. zu erteilenden Vollstreckungsklausel zulässig[1]).

[1]) Vgl. Gaupp-Stein Vorbem. IV, 3 vor § 704 und § 727 Anm. III.